

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO**

**PEDRO BARRETO VIANNA RIGON**

**A CONTRIBUIÇÃO BRASILEIRA PARA O REGIME INTERNACIONAL DE  
SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DE INVESTIMENTO**

**Porto Alegre  
2015**

PEDRO BARRETO VIANNA RIGON

A CONTRIBUIÇÃO BRASILEIRA PARA O REGIME INTERNACIONAL DE  
SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DE INVESTIMENTO

Trabalho de Conclusão de Curso da  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Costa Morosini

Porto Alegre

2015

PEDRO BARRETO VIANNA RIGON

A CONTRIBUIÇÃO BRASILEIRA PARA O REGIME INTERNACIONAL DE  
SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DE INVESTIMENTO

Trabalho de Conclusão de Curso da  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul como  
requisito parcial para obtenção do título  
de Bacharel em Ciências Jurídicas e  
Sociais.

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

---

Profa. Dra. Claudia Lima Marques

---

Prof. Dr. Lucas Tasquetto

---

Aos meu pais, que sempre prezaram e incentivaram meus estudos.

Ao meu irmão, meu grande amigo.

À Rafa, minha grande companheira em todos os momentos.

Aos amigos *juristas*, colegas que trilharam comigo os caminhos do direito.

Aos meus amigos *bailarinos*, que mesmo abandonados, nunca me  
abandonaram.

## **AGRADECIMENTOS**

Foram muitas as pessoas que contribuíram com essa monografia e, sobretudo, a minha formação. Escrevendo esse trabalho, concluí que, em realidade, a monografia não depende somente de uma pessoa, mas é uma construção desenvolvida ao longo da formação pessoal e acadêmica do aluno que se dá graças à contribuição imensurável da família, de amigos e de professores.

Primeiramente, gostaria de agradecer ao professor Fabio Costa Morosini, que me acolheu como orientador e tornou esse trabalho possível – sua ajuda e compreensão foram imprescindíveis. Sua contribuição para a delimitação do tema de pesquisa foi essencial e, além disso, a disponibilização de materiais e bibliografia foram de extrema importância.

Gostaria de agradecer, também, aos professores que me introduziram à pesquisa e possibilitaram o estudo do direito internacional de uma maneira dinâmica. Nesse sentido, é válida a lembrança à professora Claudia Lima Marques e ao grupo de pesquisa organizado por ela, onde tive a oportunidade de conhecer pessoas incríveis e aprofundar meu interesse pelo direito internacional público. Também, ao professor Augusto Jaeger Júnior que me deu a oportunidade de ser bolsista de iniciação científica na área do direito internacional privado.

Cabe ainda aqui a lembrança aos professores com quem tive a honra de ter aulas nesse programa de graduação. Agradeço, em especial, aos professores Daniel Mitidiero, cujas aulas me estimularam ao estudo do direito em toda a sua complexidade e mantiveram vivas as esperanças no direito; e Umberto Bergmann Ávila, cujo método de ensino me impeliu a uma nova interpretação da matéria como um todo e ampliou os horizontes de conhecimento.

Por fim, faço uma lembrança breve às pessoas cujas contribuições foram imprescindíveis para a finalização do trabalho. À professora Hélène Ruis Fabri cujas aulas estimularam o interesse e a pesquisa do tema. Ao colega Guilherme Baptista Schwartzmann cujo estímulo e ajuda na realização do tema foram importantíssimos. Ao professor e amigo Sérgio Severo cuja herança muito me inspirou. À colega Augusta Vezanni Diebold, pelo presente que me ajudou no entendimento do tema. À Rafaela Leão Barreto Viana que me ajudou em todos os momentos do trabalho, lembrando que sem a sua ajuda esse não seria possível.

“[...], I was directed towards a field of international law that seemed to grapple with issues of fundamental importance concerning how to reconcile ‘the public’ and ‘the private’ within its own substance, structure, and institutions.”<sup>1</sup> (MILES, 2013, p. XIII).

---

<sup>1</sup> MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law**: empire, environment and the safeguarding of capital. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar qual a contribuição do Brasil para o regime internacional de solução de controvérsias de investimento, atentando à análise histórica da consolidação do regime internacional do investimento na geração TBI, dos métodos de solução de controvérsias mais proeminentes e do posicionamento brasileiro no tempo até a assinatura do novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação do Investimento (ACFI). O estudo mostra a evolução do regime de investimentos internacional e as mudanças na conjuntura contemporânea, as quais revolucionaram as relações tradicionais entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento; bem como o posicionamento brasileiro frente a essas mudanças que, acompanhando esse novo cenário, adotou um modelo contemporâneo de ACFI cujo foco é a prevenção de disputas e a solução dos conflitos de forma diplomática. Assim, a ratificação de acordos de investimento é alternativa importante diante da instabilidade experienciada por investidores brasileiros no exterior e enriquecedora ao debate sobre novos caminhos ao atual regime internacional de solução de controvérsias sobre investimento. Neste diapasão, o método utilizado foi o dedutivo, a partir de extensa revisão bibliográfica e análise comparativa de TBI's selecionados.

**Palavras-chave:** Direito Internacional do Investimento. TBI. Solução de Controvérsias. ACFI.

## **ABSTRACT**

The present study aims to analyse the contribution of Brazil to the international regime of investment dispute resolution. Bearing in mind the historical analysis of the consolidation of the international investment regime in the BIT generation, the most prominent methods of investment dispute resolution, and the Brazilian political position in time till the signing of the new model of Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI). The research shows the evolution of the international investment regime and the changes in the contemporary situation, which revolutionized the traditional relations between developed and developing countries; as well as Brazil's position in light of these changes which, in accordance with this new scenario, adopted a contemporary model of ACFI, focused on the prevention of disputes and the diplomatic resolution of conflicts. Therefore, the ratification of investment agreements is an important alternative in the face of the instability experienced by Brazilian investors overseas and enriching to the debate about new paths to the current international regime of investment dispute resolution. In this sense, the research method used was the deductive, through an extensive bibliographic review and the comparative analysis of selected BIT's.

**Keywords:** International Investment Law. BIT. Dispute Resolution. ACFI.



## LISTA DE SIGLAS

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação dos Investimentos
CAMEX	Câmara de Comércio Exterior
CERDS	Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados
CIRDI	Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento
FCN	Tratado de Amizade e Comércio
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATT	Acordo Geral de Tarifas e Comércio
GTEX	Grupo de Estudos Estratégicos de Comércio Exterior
ICC	Câmara Internacional de Comércio
ICJ	Corte Internacional de Justiça
IIA	Acordo Internacional de Investimento
NOEI	Nova Ordem Econômica Internacional
OCDE	Organização do Comércio e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
PAC	Pacto de Aceleração do Crescimento
SECEX	Secretariado do Comércio Exterior
TBI	Tratado Bilateral de Investimento
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 GERAÇÃO TBI .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 A Consolidação do Regime de TBI's .....</b>	<b>13</b>
2.1.1 A Evolução dos Tratados Bilaterais.....	14
2.1.2 A Posição do Brasil no Regime de TBI's .....	24
<b>2.2 Pensando os TBI's sob Nova Perspectiva .....</b>	<b>32</b>
2.2.1 O Novo Cenário do Investimento Internacional .....	32
2.2.2 Repensando os TBI's e a Nova Política Internacional Brasileira.....	39
<b>3 MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTO ..</b>	<b>45</b>
<b>3.1 Métodos Clássicos de Solução de Controvérsias sobre Investimento .....</b>	<b>45</b>
3.1.1 Métodos Usuais de Solução de Controvérsias em Direito Internacional .....	46
3.1.2 Métodos de Solução de Controvérsias Específicos do Direito Internacional do Investimento .....	51
<b>3.2 A Discussão Acerca de Métodos Alternativos à Solução de Controvérsias .....</b>	<b>59</b>
3.2.1 Os Métodos Alternativos .....	59
3.2.2 A Opção Brasileira nos Novos ACFI's .....	65
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito internacional do investimento é um dos ramos do direito internacional que mais se desenvolve na atualidade. Ele é caracterizado por uma combinação de elementos de direito decorrentes de tratados e do costume, de políticas públicas e da solução de controvérsias privada.<sup>2</sup> Nesse sentido, é um ramo do direito internacional que se diferencia dos demais por assumir formas características de direito internacional público e que, no entanto, tutela relações de direito internacional privado. Essa interação entre público e privado fica bastante evidenciada quando observamos a adoção de um sistema de solução de controvérsias que possibilita um investidor privado demandar diante de uma corte arbitral contra um Estado. Cabe ressaltar que o crescimento desse ramo do direito internacional se deu, em grande parte, pelo advento de uma rede de Tratados Bilaterais de Investimento (TBI), cuja função, em um primeiro momento, era, por um lado, proteger os investidores estrangeiros, enquanto, por outro lado, atrair o investimento internacional. Apesar de alguns autores, como Vesel,<sup>3</sup> entenderem que o direito internacional do investimento nasceu com o regime de TBI's, em verdade, a origem desse ramo data da última metade do século 20 sendo fruto da expansão das atividades de comércio e investimento europeus e criado como ferramenta para proteger os interesses dos Estados exportadores de capital e seus nacionais nas colônias.<sup>4</sup>

No Brasil, a política em relação aos TBI's sempre foi de distanciamento e, apesar de ter assinado 14 desses acordos em meados dos anos 1990, não chegou a ratificá-los. Ressalta-se, ainda, que a tradição pátria sempre foi a do tratamento nacional para com os investidores estrangeiros e dos adequados padrões de proteção aos investidores no país. Ademais, o Brasil sempre utilizou a proteção diplomática para resolver questões relacionadas a ameaças ou a violações de interesses econômicos de empresas nacionais.<sup>5</sup> Contudo, hodiernamente,

---

<sup>2</sup> STANFORD. **International Investment Law**. Stanford, 2015. Disponível em: <<https://law.stanford.edu/courses/international-investment-law/>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

<sup>3</sup> VESEL, Scott. Clearing a path through a tangled jurisprudence: most-favoured-nation clauses and dispute settlement provision in bilateral investment treaties. **Yale Journal of International Law**, v. 32, p. 125-189, p. 2007. p. 134 e 135.

<sup>4</sup> MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law: empire, environment and the safeguarding of capital**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 19.

<sup>5</sup> SCHWARTSMANN, Guilherme B. **Os principais padrões de proteção ao investimento estrangeiro aplicados em arbitragens do sistema ICSID e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. 2013. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013. p. 2.

acompanhando as mudanças no cenário internacional, o país tem revisto sua política com relação aos TBI's diante da crescente internacionalização de empresas brasileiras. A ratificação desses tratados se apresenta como uma alternativa interessante diante da falta de proteção dos investidores brasileiros no exterior.

Inserido no novo contexto internacional, em que as dicotomias entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento são dirimidas, o Brasil apresentou recentemente um modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação dos Investimentos (ACFI). Esse modelo vai ao encontro ao movimento "Sul-Sul", de intensificação das relações entre países em desenvolvimento, e tem como principais funções estimular o investimento bilateral e parcerias estratégicas, criar um mecanismo de diálogo entre os Estados parte e cumprir objetivos da política nacional desses Estados. Nesse diapasão, os seis novos acordos assinados pelo Brasil preveem um modelo de solução de controvérsias diferenciado daqueles tradicionalmente usados no direito internacional do investimento e contribui de forma importante para a atual discussão a respeito de métodos alternativos de resolução de controvérsias.

O objetivo geral desse trabalho, portanto, está em analisar qual a contribuição brasileira para o regime internacional de solução de controvérsias sobre investimento.

Como objetivos específicos pretende-se:

- A) contextualizar o regime de TBI's da sua origem a sua consolidação, no que vai ser chamado por Montt<sup>6</sup> de geração TBI;
- B) explicitar a evolução do posicionamento brasileiro em relação a adoção ao regime de TBI's no tempo;
- C) expor os métodos tradicionais do direito internacional do investimento para solução de controvérsias;
- D) esclarecer as novidades presentes no texto dos recentes ACFI's assinados pelo Brasil no tocante a prevenção e solução de controvérsias.

No intuito de realizar os objetivos apontados o trabalho foi estruturado em dois capítulos. Um primeiro capítulo, que dividido em duas partes específicas, discorre a respeito da (a) evolução histórica do regime de TBI's e do posicionamento brasileiro diante desse regime, e (b) das mudanças contemporâneas que se passaram em âmbito internacional e que modificaram as relações de investimento

---

<sup>6</sup> MONTT, Santiago. **State Liability in Investment Treaty Arbitration**: global constitutional and administrative law in the BIT generation. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2012.

no mundo, bem como a nova política brasileira diante dessas mudanças. É um segundo capítulo, também dividido em duas partes, no qual (a) realiza-se a discriminação e exposição dos métodos de solução de controvérsias mais utilizados nos TBI's, e (b) discorre-se a respeito das novidades presentes nos novos ACFI's assinados pelo Brasil e o que esse acordo acrescenta para a discussão internacional a respeito da solução de controvérsias sobre investimento.

Para tanto, utilizou-se a revisão bibliográfica em Direito Internacional do Investimento. Desse modo, empregou-se o método dedutivo, partindo-se de uma visão geral para, em um segundo momento, ter uma melhor compreensão específica através da análise comparativa entre modelos de TBI's selecionados.

Por fim, cabe ressaltar que o presente trabalho enfrenta uma questão bastante palpitante do Direito Internacional do Investimento, qual seja a de métodos alternativos para solução de controvérsias. Isso, devido à conjugação de que os métodos tradicionais de solução de controvérsias sobre investimentos comportam uma série de riscos e desvantagens, principalmente, para os países em desenvolvimento e de que o número de disputas cresceu exponencialmente nos últimos anos.<sup>7</sup> Esse problema se faz muito presente na realidade contemporânea diante dos novos ACFI's assinados pelo Brasil e da transformação ocorrida no âmbito internacional, que elevou os países em desenvolvimento a atores fundamentais no que tange ao aporte de investimento estrangeiro.

---

<sup>7</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration**. New York and Geneva, 2010. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

## 2 GERAÇÃO TBI

Os Tratados Bilaterais de Investimento (TBI) são por definição acordos entre dois Estados em relação à promoção e à proteção mútua ao investimento privado realizado por indivíduos e empresas dos Estados parte. Embora cada tratado de investimento seja único, um TBI tipicamente contém a definição de investimento, os motivos para admissão de estabelecimento em cada país, a determinação da forma apropriada de compensação em caso de expropriação, a previsão de transferência gratuita de fundos, a disposição a respeito do mecanismo de solução de controvérsias a ser adotado e a demanda de tratamento nacional, tratamento da nação mais favorecida e tratamento justo e equitativo.<sup>8</sup>

Os TBI's formam, hodiernamente, uma complexa rede internacional de tratados e fazem parte da construção do que vai se consolidar como o regime internacional do investimento visto a seguir.

### 2.1 A Consolidação do Regime de TBI's

Anteriormente à emergência do sistema dos tratados de investimento, já existia um sistema de proteção aos investidores. Esse sistema foi idealizado virtualmente pelas corporações multinacionais para proteger os seus investimentos e se baseava inteiramente em uma estrutura contratual de proteção.<sup>9</sup> Os contratos eram negociados quando da entrada do investimento no país e continham previsões para proteção do investimento. No entanto, esse sistema não garantia segurança e proteção adequadas e era um sistema altamente custoso, já que cada contrato precisava ser negociado individualmente e ocorriam problemas relativos à interpretação do contrato e à lei aplicável. Em face das desvantagens desse sistema, deu-se espaço, então, para o desenvolvimento de uma nova tutela para os investimentos com base em tratados internacionais.

---

<sup>8</sup> PARKER, Stephanie L. A BIT at a time: the proper extension of the MFN clause to dispute settlement provisions in bilateral investment treaties. **The Arbitration Brief**, v. 2, p. 30 – 63, 2012. p. 31.

<sup>9</sup> SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 276-277.

### 2.1.1 A Evolução dos Tratados Bilaterais

O primeiro TBI foi assinado em 1959 entre Alemanha e Paquistão<sup>10</sup> e foi a porta para uma transformação no direito internacional do investimento. Os TBI's surgiram da necessidade de regular as relações de investimento entre dois grupos específicos: de um lado os exportadores de capital – normalmente, países desenvolvidos; de outro, países importadores de capital – em geral, países em desenvolvimento.<sup>11</sup> Nos últimos 50 anos, os TBI's se difundiram para suprir as lacunas do direito internacional, criando *standards* de proteção ao investimento estrangeiro e promovendo um método de resolução de conflitos para realizar/efetivar esses *standards*.<sup>12</sup>

Foi o fracasso das tratativas de um acordo multilateral, ocorrido no período de nacionalização pós-colonial e o estabelecimento da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), o fator que desencadeou a busca pela conclusão de TBI's.<sup>13</sup> Esses tratados eram comumente criados em condições econômica e politicamente díspares, pelos países desenvolvidos, com o intuito unicamente de proteção dos investidores nacionais,<sup>14</sup> visto que a consequência das mudanças no cenário global gerou grande insegurança nas questões relativas a propriedade e investimentos estrangeiros. Nesse mesmo sentido, a competição por recursos e mercado, assegurando o fluxo de investimento nos países cujos riscos políticos eram tutelados pelo tratado, foram importantes razões para a adoção do regime de TBI's.<sup>15</sup>

No período pós-colonial, percebia-se um fervor nacionalista que denotava a necessidade dos novos Estados independentes de recuperar o controle sobre

<sup>10</sup> TREATY for the promotion and protection of investments (with protocol and exchange of notes). Pakistan and Federal Republic of Germany, Bonn, 25 nov. 1959. Disponível em: [http://www.iisd.org/pdf/2006/investment\\_pakistan\\_germany.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf). Acesso em: 14 de junho 2015.

<sup>11</sup> ECHANDI, Roberto. What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime? In: ALVAREZ, José E. et al. **The Evolving International Investment Regime**: expectations, realities, options. New York: Oxford University Press, 2011. p. 3.

<sup>12</sup> BUBB, Ryan J.; ROSE-ACKERMAN, Susan. BITs and bargains: strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment. **International Review of Law and Economics**, New Haven, v. 27, n. 3, p. 291-311, Sept. 2007. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818807000580>. Acesso em: 22 de jun. 2015. p. 292.

<sup>13</sup> MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law**: empire, environment and the safeguarding of capital. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 116.

<sup>14</sup> HARTEN, Gus Van. Five Justifications for Investment Treaties: a critical discussion. **Trade, Law and Development**, Toronto, v. 2, n. 1, p. 19-58, 2010. Disponível em: <https://www.copyright.com/cc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0976-2329>. Acesso em: 20 de mar. 2015. p. 40-41.

<sup>15</sup> SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 172-173.

setores considerados vitais da sua economia, bem como dos seus recursos. Esse movimento anti-hegemônico trouxe consigo uma série de nacionalizações pelo mundo em uma tentativa de empoderamento, reestruturação e reforma destas novas economias. Essa atitude se refletiu também na forte hostilidade e rejeição ao capital internacional e trouxe à tona o debate a respeito de qual seria o direito internacional da proteção do investimento estrangeiro e quais princípios norteariam a sua aplicação. Enquanto os países exportadores de capital argumentavam no sentido da existência de *standards* internacionais de proteção do investimento, os países recentemente independentes defendiam uma abordagem centrada no direito interno e afirmação da soberania nacional.<sup>16</sup>

Essa dicotomia no Direito Internacional do Investimento ficou explicitada pelo enfrentamento das duas teorias principais sobre o regime de proteção do investimento à época: a *Hull Rule* e a Doutrina Calvo. A primeira, concebida no quadro das nacionalizações petrolíferas mexicanas de 1938, insinuava a existência no direito costumeiro internacional da fórmula de reparação pronta, adequada e efetiva nos casos de nacionalização ou expropriação.<sup>17</sup> A segunda, desenvolvida durante a segunda metade do século XIX, sustentava que o regime aplicável aos investimentos e investidores estrangeiro seria o mesmo que o aplicável aos nacionais dos Estados onde estivessem estabelecidos e que, portanto, a tutela do investimento estrangeiro era de direito interno.<sup>18</sup>

Foi nesse contexto – de movimentos nacionalistas na busca de superar os ultrapassados modelos institucionais – que esses Estados se organizaram e formaram o Grupo de 77, compartilhando suas experiências com o imperialismo e trabalhando para reformar e aprimorar a justiça econômica global, suas leis e políticas.<sup>19</sup> A escolha pela Organização das Nações Unidas (ONU) como fórum, mais particularmente a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), se deu pelo fato de que organizações como o Acordo

---

<sup>16</sup> SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 22-23.

<sup>17</sup> ZERBINI, Eugenia C. G. De J. **O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral: balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da ALCA**. 2003. 250 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, 2003. p. 18.

<sup>18</sup> *Op cit.*, 2010, p. 37.

<sup>19</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984. p. 217.



Geral de Tarifas e Comércio (GATT), o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI) buscavam naquele momento programas radicais de liberalização do mercado e procedimentos de votação baseados na contribuição dos Estados, o que, por sua vez, era vantajoso aos países desenvolvidos. Aproveitando-se do sistema de um voto por membro e de sua maioria numérica, os países em desenvolvimento conseguiram aprovar importantes instrumentos, o que refletiu o espírito da NOEI. Destes instrumentos, é importante lembrar de três principais: a Resolução da Assembleia Geral de 1962 sobre o Princípio da Soberania Permanente sobre Recursos Naturais;<sup>20</sup> a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (CERDS) de 1974;<sup>21</sup> e a Declaração de Estabelecimento da Nova Ordem Econômica Internacional de 1974.<sup>22</sup>

Esses documentos contêm passagens que resguardam claramente a soberania dos Estados importadores de capital, seja afirmando o direito de soberania permanente sobre as riquezas e recursos, seja reforçando o direito do Estado de regular o investimento estrangeiro por meio de suas legislações, em conformidade com os princípios e objetivos nacionais. Também resguardam o direito de cada Nação de nacionalizar, expropriar ou transferir a propriedade para seus próprios nacionais de acordo com suas legislações internas e interesse público. Conforme Cançado Trindade<sup>23</sup> aponta:

Nenhum dos dispositivos do projeto da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados foi tão debatido quanto o art. 29, que gerou controvérsias entre o Grupo dos 77 e os países socialistas, de um lado, e os países industrializados, de outro, particularmente acerca das questões da indenização em caso de nacionalização ou expropriação e do regime de investimentos estrangeiros e regulamentação das multinacionais.

<sup>20</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution adopted by the General Assembly about the Permanent Sovereignty over Natural Resources**. A/RES/1803(XVII), 14 December 1962. Disponível em: < [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/1803%28XVII%29](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803%28XVII%29)>. Acesso em: 2 de dezembro de 2015.

<sup>21</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution adopted by the General Assembly about the Charter of Economic Rights and Duties of States**. A/RES/29/3281, 12 December 1974. Disponível em: < <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>>. Acesso em: 2 de dezembro de 2015.

<sup>22</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution adopted by the General Assembly about the Declaration on the Establishment of a New International Economic Order**. A/RES/S-6/3201, 1 May 1974. Disponível em: < <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>>. Acesso em: 2 de dezembro de 2015.

<sup>23</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984. p. 217.

Esses documentos apresentaram para a comunidade internacional a NOEI, já que reconheceram os impactos da ordem econômica daquele período, visando à proteção dos interesses dos países em desenvolvimento e propondo mudanças para um futuro de integração dos novos Estados. No entanto, da mesma forma em que buscaram a construção deste novo paradigma de desenvolvimento, apontaram para as dificuldades remanescentes das mazelas e vestígios deixados pelo imperialismo como retiramos da leitura da Declaração de Estabelecimento da NOIE:

(...) However, the remaining vestiges of alien and colonial domination, foreign occupation, racial discrimination, apartheid and neo-colonialism in all its forms continue to be among the greatest obstacles to the full emancipation and progress of the developing countries and all the peoples involved. The benefits of technological progress are not equitably by all members of the international community. The developing countries, which constitute 70 per cent of the world's population, account for only 30 per cent of the world's income. It has proved impossible to achieve an even and balanced development of the international community under the existing international economic order. The gap between the developed and the developing countries continues to widen in a system which was established at a time when most of the developing countries did not even exist as independent States and which perpetuates inequality.<sup>24</sup>

É um reflexo desse conflito o fato de que uma abordagem multilateral jamais tenha sido adotada no Direito Internacional do Investimento. As ideologias por trás dos sistemas de tratamento do investimento estrangeiro, concomitantemente com a existência de fortes grupos de interesse relacionados à matéria, dificultaram o acordo de normas substantivas na área. A maioria dos projetos foram rejeitados pelos países importadores de capital, em virtude do claro viés de proteção do investimento e do lobby das grandes empresas multinacionais. Alguns autores<sup>25</sup>

<sup>24</sup> “(...) No entanto, os vestígios remanescentes da dominação estrangeira e colonial, ocupação estrangeira, discriminação racial, apartheid e neo-colonialismo em todas as formas continua a ser o maior obstáculo para a total emancipação e progresso dos países em desenvolvimento e todas as pessoas envolvidas. Os benefícios do progresso tecnológico não são compartilhados de maneira equitativamente por todos os membros da comunidade internacional. Os países em desenvolvimento, que constituem 70 por cento da população mundial, correspondem a apenas 30 por cento da renda mundial. Foi provado impossível atingir um desenvolvimento igualitário e equilibrado da comunidade internacional sob a existente ordem econômica internacional. A diferença entre países desenvolvidos e em desenvolvimento continua a aumentar em um sistema que foi estabelecido no tempo em que a maioria dos países em desenvolvimentos nem mesmo existiam como Estados independentes e que perpetua a desigualdade.”, *tradução livre*, art. 1.

<sup>25</sup> Ver os seguintes autores: Jason Webb Jackee, Ackerman, Guzman. YACKEE, Jason W. Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: do BITs promote foreign direct investment? **Law & Society Review**, Salt Lake City, v. 42, n. 4, p. 805-832, Dec. 2008. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-5893.2008.00359.x/abstract>. Acesso

apontaram, ainda, para a contradição do posicionamento de muitos países que não firmavam acordos multilaterais, bem como seus altos *standards* de proteção, ao mesmo tempo em que assinavam TBI's referentes a mesma matéria estabelecendo *standards* iguais e, até mesmo, mais rigorosos.<sup>26</sup> As explicações para esse comportamento se baseiam no receio de que, estabelecido um acordo multilateral, haveria margem para a negociação bilateral de *standards* ainda mais protetivos.<sup>27</sup> Além disso, a assinatura de TBI's trazem a expectativa de que, comprometendo-se, estes países atrairiam um maior fluxo de investimento.<sup>28</sup>

Esse movimento para multilateralização do direito dos investimentos, ainda que não tenha atingido sucesso em estabelecer regras substantivas, teve um impacto muito relevante no desenvolvimento do direito internacional do investimento. Em primeiro lugar, com a Convenção de Washington de 1965<sup>29</sup>, que estabeleceu, sob auspícios do Banco Mundial, um mecanismo multilateral de resolução de disputas entre investidor e Estado – o Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimentos (CIRDI) – e criou um regime multilateral no âmbito das questões relativas aos procedimentos de resolução de disputas. O CIRDI, conforme o artigo 1º da Convenção de Washington, atua como facilitador de procedimentos de conciliações e arbitragem estabelecendo um foro neutro para as controvérsias relacionadas a investimentos.<sup>30</sup> Suas funções consistem no registro de disputas,

---

em: 22 de jun. 2015. BUBB, Ryan J.; ROSE-ACKERMAN, Susan. BITs and bargains: strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment. **International Review of Law and Economics**, New Haven, v. 27, n. 3, p. 291-311, Sept. 2007. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818807000580>. Acesso em: 22 de jun. 2015.

GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 639-688, Jan. 1997.

<sup>26</sup> MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law**: empire, environment and the safeguarding of capital. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 89.

<sup>27</sup> SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 237.

<sup>28</sup> BUBB, Ryan J.; ROSE-ACKERMAN, Susan. BITs and bargains: strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment. **International Review of Law and Economics**, New Haven, v. 27, n. 3, p. 291-311, Sept. 2007. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818807000580>. Acesso em: 22 de jun. 2015. p. 299.

<sup>29</sup> CONVENÇÃO para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados: adotada em 18 de Março de 1965 em Washington. [S.l.], 1965. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/50/decreto15.asp#ptg>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>30</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Requirements Ratione Materiae. Dispute settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes. New York and Geneva: United Nations, 2003, p. 7.

comunicações processuais e eventuais nomeações de árbitros e de membros dos Comitês *ad hoc* de apreciação de recursos contra sentenças arbitrais.<sup>31</sup>

Em segundo lugar, com uma série de iniciativas como o *International Code of Fair Treatment for Foreign Investment* de 1949, da Câmara de Comércio Internacional (CCI),<sup>32</sup> além do Projeto de Convenção sobre a Proteção da Propriedade Estrangeira de 1967, da Organização do Comércio e Desenvolvimento Econômico (OCDE),<sup>33</sup> que serviram de modelo para os subsequentes TBI's europeus.<sup>34</sup>

Cabe destacar que ambos os projetos já apresentavam cláusulas de resolução de disputa que previam a arbitragem, como no caso do artigo 13º do Código da CCI, que dispõe sobre a arbitragem entre Estados:

The High Contracting Parties agree that any differences that may arise between them respecting the interpretation or application of this Convention shall, unless settled within a short and reasonable period by direct negotiation or by any other form of conciliation, be submitted for decision to the International Court of Arbitration in accordance with the procedure laid down in Article 14.<sup>35</sup>

E da mesma forma, no projeto da OCDE, em seu artigo 7º, que prevê além da arbitragem entre Estados, a arbitragem entre investidor e Estado:

<sup>31</sup> SCHWARTSMANN, Guilherme B. **Os principais padrões de proteção ao investimento estrangeiro aplicados em arbitragens do sistema ICSID e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. 2013. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013. p. 19.

<sup>32</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). Committee of Foreign Establishments. **International Code of Fair Treatment for Foreign Investment**. Quebec, 1949. Disponível em: < <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/73-volume-3.pdf>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>33</sup> ORGANIZAÇÃO DO COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Conselho da Organização do Comércio e Desenvolvimento Econômico. **Projeto de Convenção sobre a Proteção da Propriedade Estrangeira**. Paris, 1967. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>34</sup> BUBB, Ryan J.; ROSE-ACKERMAN, Susan. BITs and bargains: strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment. **International Review of Law and Economics**, New Haven, v. 27, n. 3, p. 291-311, Sept. 2007. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818807000580>. Acesso em: 22 de jun. 2015. p. 297.

<sup>35</sup> “As Partes contratantes acordam que qualquer diferença que possa surgir entre elas a respeito da interpretação ou aplicação dessa Convenção devem, a não ser que resolvida dentro de período curto e razoável por negociação direta ou qualquer outra forma de conciliação, ser submetidas para decisão da Corte Internacional de Arbitragem de acordo com o procedimento disposto no Artigo 14 desta Convenção”, *tradução livre*.

a) Any dispute between Parties as to the interpretation or application of this Convention may be submitted by agreement between them either to an Arbitral Tribunal established in accordance with the provisions of the Annex to this Convention, which shall form an integral part thereof, or to any other international tribunal. If no agreement is reached for this purpose between the Parties within a period of sixty days from the date on which written notice of intention to institute proceedings is given, it is hereby agreed that an Arbitral Tribunal established in accordance with that Annex shall have jurisdiction.

b) A national of a Party claiming that he has been injured by measures in breach of this Convention may, without prejudice to any right or obligation he may have to resort to another tribunal, national or international, institute proceedings against any other Party responsible for such measures before the Arbitral Tribunal referred to in paragraph a), provided that:

i) The Party against which the claim is made has accepted the jurisdiction of that Arbitral Tribunal by a declaration which covers that claim; and

ii) The Party of which he is a national has indicated that it will not institute proceedings under paragraph a) or, within six months of receiving a written request from its national for the institution of such proceedings, has not instituted them.

c) The declaration referred to in paragraph b) i), whether general or particular, may be made or revoked at any time. In respect of claims arising out of or in connection with rights acquired during the period of the validity of such declaration, it shall continue to apply for a period of five years after its revocation.

d) At any time after the expiry of the period of six months referred to in paragraph b) ii), the Party concerned may institute proceedings in accordance with paragraph a). In this case proceedings instituted in accordance with paragraph b) shall be suspended until the proceedings instituted in accordance with paragraph a) are terminated.<sup>36</sup>

---

36 “a) Qualquer disputa entre as partes quanto a interpretação ou aplicação desta Convenção pode ser submetido por meio de acordo ou à um Tribunal Arbitral estabelecido conforme as provisões do Anexo a esta Convenção, que constitui parte integrante desta convenção, ou a qualquer outro tribunal internacional. Se nenhum acordo for alcançado para esse propósito dentro do período de sessenta dias contados da data em que foi escrita a notificação de intenção de instituir procedimentos, está aqui acordado que um Tribunal Arbitral instituído de acordo com o Anexo terá jurisdição.

b) Um nacional de uma das Partes a essa Convenção alegando que foi prejudicado por medidas em descumprimento desta convenção pode, sem prejuízo de qualquer direito ou obrigação que ela possa ter a recorrer a outra tribunal, nacional ou internacional, instituir procedimentos contra qualquer outra Parte responsável por tais medidas diante do Tribunal Arbitral referido no parágrafo a), desde que:

i) A parte contra qual a pretensão esteja sendo requerida tenha aceito a jurisdição desse Tribunal Arbitral por uma declaração que cubra a pretensão; e

ii) A Parte da qual seja nacional tenha indicado que não irá instituir procedimento com base no parágrafo a) desta Convenção ou dentro de seis meses após recebida solicitação escrita de seu nacional para instituição deste procedimento não o tenha feito.

c) A declaração referida no parágrafo b) i), seja geral ou seja particular, pode ser realizada ou revogada a qualquer momento. Respeitando as pretensões decorrentes de ou em conexão com direitos adquiridos durante o período de validade de tal declaração, ela deve continuar a ser aplicada por um período de cinco anos após sua revogação.

Ainda assim, dado este ímpeto inicial, bastante concentrado nos países europeus,<sup>37</sup> até os anos 1980, menos de 100 TBI's haviam sido assinados e, um número menor ainda desses, previa a arbitragem entre investidor e Estado como método de resolução de conflitos, dispondo apenas sobre a arbitragem entre Estados.<sup>38</sup> Isso se deu em função da dimensão ideológica dos tratados que criavam obrigações somente para os países receptores de capital, ainda que, formalmente, dispunham sobre obrigações iguais para ambas as partes, bem como pela aversão dos países em desenvolvimento à abertura de mercado e ao capital estrangeiro.

Esse número, no entanto, cresceu para 422 em 1990, com o início dos programas de TBI's dos Estados Unidos e da Rússia. Neste período, as principais razões para adesão ao regime bilateral eram, de um lado, a atração do capital estrangeiro pelos países em desenvolvimento e, de outro lado, a proteção do investimento e a segurança de um regime conhecido. A intenção com este processo, particularmente de países como os Estados Unidos, era a criação de uma rede de tratados que fosse ao encontro dos *standards* em matéria de expropriação e que corroborasse com a existência de um direito costumeiro.<sup>39</sup>

Nos anos seguintes, adentramos no que Vandeveld chamaria de *Era Global*,<sup>40</sup> onde um grande número de fatores contribuiria para a adoção e expansão do regime de TBI's e a multiplicação desta rede. Um destes fatores é a expansão da ideologia de mercado, que afetou fortemente a maneira dos países receberem o capital estrangeiro e acarretou numa tendência de liberalização econômica e institucional. O exemplo de países asiáticos, como Japão, Coréia e Malásia – cujo sucesso e crescimento econômico, entre os anos de 1965 e 1990, foi muito superior em relação àquele dos demais países em desenvolvimento – demonstrou o importante papel da integração global e do investimento estrangeiro. O caso asiático, somado à queda da União Soviética, que representava o principal modelo alternativo ao

---

d) A qualquer momento após expirado o período de seis meses referido no parágrafo b) ii), a parte concernente pode instituir procedimentos de acordo com o parágrafo a). Neste caso, procedimentos instituídos de acordo com o parágrafo b) devem ser suspensos até que o procedimento instituído de acordo com o parágrafo a) tenha sido terminado.”, *tradução livre*.

<sup>37</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. **U. C. Davis Journal of International Law & Policy**, v. 12, n.1, p. 157-194, 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1478757](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1478757)>. Acesso em: 24 de jun. 2015. p. 14.

<sup>38</sup> MONTT, Santiago. **State Liability in Investment Treaty Arbitration**: global constitutional and administrative law in the BIT generation. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2012. p. 110-112.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, 2005, p. 172.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 177.



capitalismo de mercado, nortearam as mudanças políticas relativas ao investimento internacional.

Foi também nos anos 1980 que o cenário global enfrentou a crise do débito, que reduziu drasticamente os empréstimos privados e os recursos dedicados à assistência ao desenvolvimento e viu os Estados Unidos da América se transformarem, de maior credor mundial, para o maior devedor, absorvendo grande parte do capital à disposição. Neste contexto de recursos limitados e de crescente importância do investimento estrangeiro como alternativa de financiamento ao desenvolvimento, houve um acirramento na competição pela atração desse capital entre países em desenvolvimento, além da difusão da rede de TBI's.<sup>41</sup>

Adotar um TBI era, à época, uma maneira bastante direta de sinalizar para a comunidade internacional e para os investidores estrangeiros essa mudança de paradigma: de uma mentalidade pós-colonial resistente ao investimento estrangeiro e aos *standards* de proteção propostos até então, para uma mentalidade de capitalismo de mercado de tendências liberais e de um clima de segurança para o investimento.<sup>42</sup> Países – como Sri Lanka<sup>43</sup> – interessados em aumentar a confiança do investidor e denotar maior segurança no seu mercado, afastando riscos como instabilidade e imprevisibilidade, adotaram prontamente TBI's.<sup>44</sup> Outros como a China e os países da antiga União Soviética, em um processo de “abertura de portas”, assinaram um número substancial de tratados em um curto período.<sup>45</sup> A América Latina – berço da Doutrina Calvo – adotou, por meio de TBI's, os *standards* internacionais de proteção ao investimento estrangeiro, abrindo mão, desta forma, de seu posicionamento clássico<sup>46</sup> de resistência à Convenção de Washington e aos acordos bilaterais de proteção de investimentos.

<sup>41</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. **U. C. Davis Journal of International Law & Policy**, v. 12, n.1, p. 157-194, 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1478757](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1478757)>. Acesso em: 24 de jun. 2015. p. 178-179.

<sup>42</sup> SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 187.

<sup>43</sup> O Sri Lanka, durante seu governo socialista, realizou uma política de nacionalizações e, ao final desse regime, adotou 7 TBIS em três anos.

<sup>44</sup> DOUGLAS, Zachary. **The International Law of Investment Claims**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 1.

<sup>45</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. New York and Geneva, 2003. Disponível em: < [http://unctad.org/en/docs/wir2003light\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2003light_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, 2010. p. 179.

Guzman,<sup>47</sup> oferece uma explicação para essa súbita expansão dos TBI's e, em especial, para adoção em massa desses instrumentos pelos países emergentes. Partindo de uma perspectiva econômica da teoria dos jogos, o autor alega que estes países enfrentaram o clássico problema do “dilema do prisioneiro” em que, apesar do ideal para eles, como um grupo, ser a não adoção ao regime proposto pelos tratados, cada um dos países, individualmente, é impulsionado a assiná-los em vista de uma vantagem competitiva na atração do investimento diante dos demais. No entanto, como todos os países são igualmente impulsionados à assinatura de TBI's, a vantagem competitiva é diluída.

A disseminação da rede de TBI's – que em 2007 já havia alcançado o número de 2,608<sup>48</sup> – é resultado da conjunção desses fatores com o fato de que instituições, como a UNCTAD e como o FMI, ainda hoje, aconselham à adoção de TBI's e aplicam pressão sobre os países em desenvolvimento para assinar acordos como condição para conceder empréstimos.<sup>49</sup>

Enfim, para a consolidação do que podemos considerar um regime de TBI's, foi imprescindível a criação de modelos de tratados pelos Estados e o desenvolvimento de uma verdadeira jurisprudência arbitral, especificamente no que tange ao investimento. O uso de modelos pré-definidos de tratados implicou uma substancial redução dos custos de negociação e foi uma importante ferramenta para uniformização dos TBI's.<sup>50</sup> Conforme Montt,<sup>51</sup> há tamanha similaridade entre as provisões acordadas que, ainda que redigidas diferentemente, já é possível reconhecer uma prática comum no âmbito dos investimentos, caminhando-se para um novo e distinto campo do direito. Nesse mesmo sentido, a arbitragem entre investidor e Estado, como principal método de resolução de conflitos, prevista em

<sup>47</sup> GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, p. 639-688, Jan. 1997. p 666.

<sup>48</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge. New York and Geneva, 2008. Disponível em: < [http://unctad.org/en/docs/wir2008\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 17.

<sup>49</sup> SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p.173.

<sup>50</sup> BROWN, Chester. **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 2. E ainda em: ZERBINI, Eugenia C. G. De J. **O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral: balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da ALCA**. 2003. 250 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, 2003. p. 130.

<sup>51</sup> MONTT, Santiago. **State Liability in Investment Treaty Arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation**. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2012. p. 105-106.



TBI's<sup>52</sup> vem, caso a caso, ocasionando um refinamento da lei e uma harmonização das decisões.<sup>53</sup>

### 2.1.2 A Posição do Brasil no Regime de TBI's

Historicamente, o Brasil mantém uma política de resistência às regras internacionais sobre investimento e uma consequência desse posicionamento foi a não adoção da Convenção de Washington ou de acordos de proteção do investimento. Isto devido, em parte, pela presença de um forte nacionalismo durante o Estado Novo que se estendia, particularmente, ao setor econômico; mas, principalmente, devido à dificuldade de aceitar a execução, no país, das decisões proferidas no exterior ou por órgãos internacionais.<sup>54</sup> Conforme adverte Arnoldo Wald,<sup>55</sup> embora sejam poucas as referências feitas no Brasil às doutrinas Drago e Calvo, a situação do nosso país era, nessa questão, análoga à dos demais países latino-americanos, sendo até mais reservada em relação à arbitragem do que alguns deles.

Corroborando esta tendência, podemos citar como exemplo a atuação de destaque do Brasil – como membro do grupo dos 77 das Nações Unidas – na defesa da NOEI, conforme retira-se do trabalho de Cançado Trindade:<sup>56</sup>

Outra ilustração da contribuição latino-americana encontra-se na já mencionada iniciativa mexicana, apresentada em 19 de abril de 1972, na 111 UNCTAD, de redação de uma Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados. Para esse propósito foi constituído um grupo de trabalho (de 40 países) que realizou quatro sessões, em 1973-1974 (as três primeiras em Genebra e a quarta no México). O dispositivo relativo ao direito de formar associações de produtores (art. 59 da Carta), por exemplo, resultou de proposta da Venezuela nesse sentido apresentada ao grupo de trabalho. Se este último logrou concluir com êxito os trabalhos sobre determinadas questões - como, e.g., o princípio, consagrado no artigo 28 da Carta, acerca da relação que deve existir entre os preços dos produtos importados e os dos produtos exportados pelos países em via de

<sup>52</sup> DOUGLAS, Zachary. **The International Law of Investment Claims**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 8.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, 2012, p. 106.

<sup>54</sup> WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 5, p. 803-822, Set. 2014. p. 1.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>56</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984. p. 216.

desenvolvimento, - também houve questões que o grupo de trabalho não conseguiu resolver: trata-se do delicado e discutido art. 29 da Carta (princípio da soberania sobre recursos naturais, nacionalização e indenização, regulamentação dos investimentos estrangeiros e das empresas multinacionais) assim -como dos arts. 49 e 26 da Carta (princípio da não-discriminação no comércio internacional e tratamento da nação-mais-favorecida). O art. 29 (2) (c), por exemplo, sobre expropriação, tornou-se um dos mais controvertidos da Carta: veio ele a refletir a filosofia da doutrina Calvo prevalecente nos países latino-americanos, sendo porém contestado por alguns dos principais países exportadores de capital. Tampouco logrou o grupo de trabalho obter um acordo quanto ao princípio, proposto inicialmente pela Argentina e a que se opôs o Brasil, de informação e consultas prévias entre os Estados interessados em caso de exploração em comum dos recursos naturais (posteriormente incorporado no art. 39 da Carta).

Ainda sobre a participação do Brasil nas negociações da NOEI, o autor coloca:

(...) A IV UNCTAD foi, contudo, dominada pela questão do programa integrado de matérias-primas na busca de uma nova ordem econômica internacional. Na ocasião a delegação brasileira, por exemplo, referiu-se à necessidade da "reformulação completa" das relações comerciais Norte-Sul, assim como na VII Sessão Extraordinária da Assembléia Geral da ONU (1975) propusera um Acordo Geral sobre Comércio entre Países Desenvolvidos e Países em Desenvolvimento, com vistas a "fixar novas regras do jogo para o comércio Norte-Sul."<sup>57</sup>

Como se apreende dos trechos supracitados, a política internacional brasileira tinha posição reiterada contra o imperialismo e contra as práticas da ordem econômica então vigente. No entanto, como destaca Eugenia Zerbin, <sup>58</sup> é curiosa a instrução do Ministro das Relações Exteriores, o Barão do Rio Branco, que, no passado, preteriu essa linha, bem como a Doutrina Drago, na conferência em que foi proposta a Convenção sobre limitação do uso da força na cobrança de dívidas contratuais de 1907, em razão de temer que a defesa dessa doutrina afastasse os capitais estrangeiros do Brasil. Denotando, assim, a preocupação e importância do investimento internacional no cenário global.

<sup>57</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984. p. 220.

<sup>58</sup> ZERBINI, Eugenia C. G. De J. **O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral**: balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da ALCA. 2003. 250 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, 2003.

Mesmo diante das mudanças no cenário internacional dos investimentos, quais sejam, a onda de assinaturas de TBI's e a proliferação da arbitragem como método de resolução de conflitos, o Brasil manteve, durante muito tempo, uma postura de isolamento. À luz de uma legislação interna que não equiparava a decisão arbitral à sentença judicial e que, tampouco, incentivava esse método internamente, o país se colocou como uma das últimas "ilhas de resistência" ao movimento mundial favorável às soluções de conflitos pelo uso da arbitragem.<sup>59</sup> A prévia oposição do país à Convenção de Washington em 1964 é um claro retrato dessa mentalidade:

Mr. Ribeiro (Brazil) considered that the proposed Centre possessed certain characteristics that set it apart from the principles that had traditionally inspired international arbitration, a legal institution designed for the peaceful solution of disputes between nations. Moreover, the draft Convention raised constitutional problems, since it implied a certain curtailment of the scope of national legal processes. Brazilian constitutional law guaranteed the judicial power a monopoly of the administration of justice (see Art. 141, paragraph 4, of the Brazilian Constitution) and therefore it would be inadmissible to create within the territory of the nation a body entrusted with decisions in the field of law. Were such activities to be delegated to an international organization, the violation of this constitutional precept would be even more flagrant. Another aspect of the problem that raised doubts in his mind was that despite the optional character of the draft Convention, foreign investors would be granted a legally privileged position, in violation of the principle of full equality before the law.<sup>60</sup>

A posição expressada pelo autor demonstra o ceticismo do país em relação à arbitragem entre investidor e Estado que, conforme se apreende do trecho acima, seria prática contrária, não apenas ao instituto da arbitragem entre Estados, como

<sup>59</sup> WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 5, p. 803-822, Set. 2014. p. 1.

<sup>60</sup> "Sr. Ribeiro (Brasil) entendeu que o Centro proposto possuía certas características que o diferenciavam dos princípios que tradicionalmente inspiraram a arbitragem internacional, uma instituição de direito projetada para a solução pacífica de disputas entre nações. Além disso, o projeto da Convenção levantava problemas constitucionais, já que implicavam uma certa redução do escopo dos processos legais nacionais. A constituição brasileira garantia ao poder judiciário o monopólio da administração da justiça (ver Art. 141, paragrafo 4, da Constituição do Brasil) e, portanto, seria inadmissível criar no interior do território nacional um corpo confiado com decisões no campo do direito. Fossem tais atividades delegadas a uma organização internacional, a violação desse preceito constitucional seria ainda mais flagrante. Outro aspecto desse problema, que criou dúvidas na sua mente foi o fato de que apesar do caráter opcional do projeto de Convenção, investidores estrangeiros teriam garantidos uma posição legal privilegiada, em violação do princípio da igualdade perante a lei", *tradução livre*. Ver: KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID. BITS, and investor-state arbitration. **Revista de arbitragem e Mediação**, v. 14, p. 57-86, Jul.-Set. 2007. p. 6.

também estaria violando diretamente princípios constitucionais.<sup>61</sup> A crítica se direciona a dois pontos específicos: a violação ao princípio do monopólio da justiça pelo Judiciário e o tratamento mais benéfico ao investidor estrangeiro em relação ao nacional. Cabe ressaltar também que o Brasil não veio a assinar qualquer tratado de investimento em que se prevê a arbitragem entre investidor e Estado,<sup>62</sup> nem mesmo a já citada Convenção de Washington, em que participou ativamente das negociações.

Reforçando os pontos levantados, o Ministério de Relações Internacionais (Itamaraty) publicou opinião, no mesmo período, contrária ao CIRDI, implicando, que além de violar garantias constitucionais, a arbitragem como método de resolução de disputas apresentaria outros problemas. Segundo o Itamaraty, esse método era desnecessário diante da tradição e êxito do Brasil, que, através de meios diplomáticos e de procedimentos judiciais, vinha consistentemente cumprindo com o papel da arbitragem internacional. Fez supor, ademais, que a adoção desse mecanismo seria uma contradição à legislação interna, pois estaria forçando os investidores estrangeiros a renunciar à proteção diplomática. Por último, sugeriram que isso teria como consequência o fato de que o judiciário brasileiro, em razão de insuficiente independência, não seria competente para receber e julgar as causas estrangeiras contra brasileiros. A opinião, assim, vai ao encontro da Doutrina Calvo e denota a preocupação do Brasil com relação ao impacto nas relações internacionais, ao dizer que a criação do CIRDI iria reforçar e quase institucionalizar o estado de tensão entre as economias dominantes e dominadas.<sup>63</sup>

A partir de 1990 – sob influência das mudanças do cenário internacional e com o princípio de um movimento de privatização da economia brasileira, patrocinado pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso – o Brasil assinou catorze TBI's.<sup>64</sup> Os tratados foram assinados sob a perspectiva de um país importador de capital, com a intenção de aumentar o fluxo de capital estrangeiro, daí terem sido celebrados, em sua grande parte, com países desenvolvidos<sup>65</sup> e seus dispositivos

<sup>61</sup> KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID. BITS, and investor-state arbitration. **Revista de arbitragem e Mediação**, v. 14, p. 57-86, Jul.-Set. 2007. p. 6.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>64</sup> WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 5, p. 803-822, Set. 2014. p. 2.

<sup>65</sup> Os TBI's assinados pelo Brasil naquele período foram os seguintes: Portugal (9 de Fevereiro de 1994); Chile (22 de Março de 1994), Reino Unido (19 de Julho de 1994), Suíça (11 de Novembro de

conterem definições bastante amplas e *standards* elevados de proteção do investidor estrangeiro. Destes acordos, seis foram levados ao Congresso Nacional para ratificação; mas, diante da intensa resistência política praticada pela oposição, jamais foram ratificados e, em dezembro de 2002, foram retirados de pauta.<sup>66</sup> Houve, assim, uma manutenção da cultura isolacionista brasileira em relação aos acordos de investimento.

A explicação das autoridades governamentais e da doutrina se fundava na eficácia da proteção das leis brasileiras ao investimento estrangeiro e o fato de que essa postura nunca se constituiu em um obstáculo ao interesse dos estrangeiros e ao recebimento efetivo de investimentos externo.<sup>67</sup> O ordenamento jurídico brasileiro não discrimina o investidor estrangeiro do nacional, concedendo a ambos tratamentos idênticos, como dispõe a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*: “art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)”.<sup>68</sup>

A professora Wei Dan,<sup>69</sup> em análise acertada, vai apontar três principais fatores para a não adoção dos TBI's: o primeiro estaria relacionado com a questão da soberania e da igualdade dos Estados na NOEI; o segundo, seria a incompatibilidade entre a ordem jurídica interna e as cláusulas dos TBI's; e, por último, a incerteza da relação existente entre os TBI's e a atração do capital estrangeiro.

Por um lado, a preocupação do Brasil seria com o quadro imperialista em que os acordos eram negociados e, por outro lado, com as questões do próprio regime dos investimentos. Tendo em conta que o valor total dos investimentos estrangeiros feitos no Brasil pelos países signatários era muito maior que o valor dos

1994), Dinamarca (4 de Maio de 1995), França (21 de Março de 1995), Finlândia (28 de Março de 1995), Itália (3 de Abril de 1995), Venezuela (4 de Julho de 1995), Coreia do Sul (1 de Setembro de 1995), Alemanha (21 de Setembro de 1995), Cuba (26 de Junho de 1997), Holanda (25 de Novembro de 1998) e Bélgica e Luxemburgo (6 de Janeiro de 1999).

<sup>66</sup> BRILLO, Romulo. Living Without Investment Treaties: the brazilian approach to investment policy making and dispute settlement. In: BOULLE, Laurence; LARYEA, Emmanuel T.; SUCKER, Franziska. **International Economic Law and African Development**. Cape Town: Siber Ink, 2014. Cap. 8. p. 172-183. p. 175.

<sup>67</sup> MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. **Revista de Direito Internacional**. Brazilian Journal of International Law. v. 12, n. 2, p. 16-151, 2014. p. 65.

<sup>68</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

<sup>69</sup> DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos. Práticas do Brasil e da China. **Nação e Defesa**, n. 125, 4. série, p. 157-191, Primavera 2010. p. 168.

investimentos brasileiros nestes Estados parceiros, os parlamentares brasileiros perceberam que, na verdade, os TBI's foram celebrados de forma desigual e que a reciprocidade dos direitos e deveres previstos nos acordos era apenas formal. Para os países exportadores de capital, estes acordos seriam um instrumento internacional para desregulamentar ao máximo o fluxo de investimentos e minimizar a intervenção dos Estados anfitriões. O Brasil, no entanto, tomava a vocação de defender uma NOEI, a fim de promover a justiça e a igualdade nas relações internacionais. Seria correto pensar que, para partes contratantes com diferentes níveis de desenvolvimento econômico, cumprir as mesmas obrigações, sem levar em consideração eventual período de transição e tratamento diferenciado, importaria, desde logo, em desigualdade. Esse era o caso do Brasil, em cujos TBI's assinados não estão contempladas exceções nem salvaguardas.<sup>70</sup>

A respeito das discrepâncias da legislação interna em relação ao regime proposto pelos TBI's, importa fazer menção aos dispositivos relativos à expropriação, ao repatriamento de capital e, por fim, à arbitragem. A respeito das expropriações, nos modelos de acordo que foram assinados adota-se a Hull Rule, estabelecida no cenário dos investimentos. É o que se depreende do artigo 4º (2) do tratado entre Brasil e Chile:

#### ARTIGO IV - Nacionalização, Desapropriação e Indenização

1. As Partes Contratantes não adotarão qualquer medida que prive, direta ou indiretamente, o investidor da outra Parte Contratante de um investimento.
2. A nacionalização, a desapropriação ou qualquer outra medida de características ou efeitos similares não poderão ser adotadas a menos que se cumpram as seguintes condições: i) sejam determinadas por razão de utilidade pública ou interesse nacional, em conformidade com a lei; ii) sejam tomadas em bases não discriminatórias; e iii) sejam acompanhadas de disposições para o pagamento de indenização imediata, adequada e efetiva.
3. A indenização acima referida tomará como base o valor de mercado dos investimentos em uma data imediatamente anterior àquela em que a medida de nacionalização ou desapropriação tenha sido tornada de domínio público. Em caso de qualquer atraso no pagamento da indenização, seu montante será acrescido de juros com o objetivo de manter atualizado o valor do investimento, a contar da data da desapropriação ou da perda e até a data do pagamento. A legalidade da desapropriação, nacionalização ou medida equiparável, bem como o valor da indenização, serão suscetíveis de recurso em procedimento judicial ordinário.

<sup>70</sup> DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos. Práticas do Brasil e da China. **Nação e Defesa**, n. 125, 4. série, p. 157-191, Primavera 2010. p. 168.

4. Os investidores de uma das Partes Contratantes, cujos investimentos no território da outra Parte Contratante sofram perdas em razão de qualquer conflito armado, como guerra, estado de emergência nacional, distúrbios civis ou outros acontecimentos similares que venham a ocorrer naquele território, receberão dessa última Parte tratamento não menos favorável em matéria de reparação, indenização, compensação ou outra retribuição, do que o concedido a seus próprios investidores nacionais ou aos de terceiros países.<sup>71</sup>

Esta prescrição não corrobora, contudo, a realidade brasileira, uma vez que a lei prevê diferentes formas de tratamento à desapropriação, com momento adequado e forma de pagamento. Como exemplo, podemos citar o artigo 182 da Constituição Federal:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

(...)

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.<sup>72</sup>

O outro ponto controverso seria a previsão dos TBI's de que o investidor estrangeiro possa transferir livremente os fundos, tais como lucros, *royalties* e dividendos, resultados de aplicações financeiras, sem qualquer limite e exceção.<sup>73</sup> Isso pois, a Constituição Federal, no seu artigo 172, disciplina que cabe à lei, com base no interesse nacional, incentivar os reinvestimentos e regular a remessa de lucros referentes ao capital estrangeiro. Nesse mesmo sentido, prevê o art. 28 da Lei

<sup>71</sup> ACORDO entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos. Brasília, 22 de março de 1994. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/505>. Acesso em: 22 de junho de 2015.

<sup>72</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

<sup>73</sup> DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. Práticas do Brasil e da China. **Nação e Defesa**, n. 125, 4. série, p. 157-191, Primavera 2010. p. 171.

n.º 4131, de 3 de Setembro de 1962,<sup>74</sup> modificado pela Lei n.º 4390, de 29 de Agosto de 1964.<sup>75</sup>

Art. 28. Sempre que ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamento ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação, poderá o Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito impor restrições, por prazo limitado à importação e às remessas de rendimentos dos capitais estrangeiros e para este fim outorgar ao Banco do Brasil monopólio total ou parcial das operações de câmbio.

§ 1º No caso previsto neste artigo, ficam vedadas as remessas a título de retorno de capitais e limitada a remessa de seus lucros, até 10% (dez por cento) ao ano, sobre o capital e reinvestimentos registrados na moeda do país de origem nos termos dos artigos 3º e 4º desta lei.

§ 2º Os rendimentos que excederem a percentagem fixada pelo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito, de acordo com o parágrafo anterior, deverão ser comunicados a esta Superintendência, a qual, na hipótese de se prolongar por mais de um exercício a restrição a que se refere este artigo poderá autorizar a remessa, no exercício seguinte, das quantias relativas ao excesso, quando os lucros nele auferidos não atingirem aquele limite.

§ 3º Nos mesmos casos deste artigo, poderá o Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito limitar a remessa de quantias a título de pagamento de royalties e assistência técnica, administrativa ou semelhante até o limite máximo cumulativo anual de 5% (cinco por cento) da receita bruta da empresa.

§ 4º Ainda nos casos deste artigo fica o Conselho da SUMOC autorizado a baixar instruções, limitando as despesas cambiais com "Viagens Internacionais".

§ 5º Não haverá, porém, restrições para as remessas de juros e quotas de amortização, constantes de contrato de empréstimo, devidamente registrados.

Essa incoerência entre os TBI's e a ordem jurídica brasileira se resume ao espírito da Constituição e das leis internas que sustentam a noção absoluta do tratamento nacional,<sup>76</sup> segundo a qual os investidores estrangeiros e nacionais são iguais perante a lei. Diante desse princípio da igualdade, os acordos são considerados tratamento preferencial para os investidores estrangeiros e, logo, desnecessários, ilegais e inconstitucionais.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 de setembro de 1962.

<sup>75</sup> BRASIL. Lei n. 4.390, de 29 de agosto de 1964. Altera a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 de agosto de 1964.

<sup>76</sup> Ver: SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

<sup>77</sup> DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos. Práticas do Brasil e da China. **Nação e Defesa**, n. 125, 4. série, p. 157-191, Primavera 2010. p. 173.



Por último, a crescente polêmica relativa a assinatura de TBI's e o questionamento se eles, de fato, influenciam na atração do investimento estrangeiro, foi impactante na decisão de não ratificação destes tratados. Isso porque, um número importante de estudos<sup>78</sup> aponta para o fato de que a assinatura de TBI's é de nenhuma ou insignificante correlação para com o aumento do fluxo de capital estrangeiro.<sup>79</sup> Essa afirmação vai de encontro, portanto, com o pensamento base para a expansão dos TBI's e com a principal justificativa para adoção deste regime. Contudo, é corroborada pela análise empírica da própria experiência brasileira, de destaque no cenário internacional econômico, como o principal destino de capital estrangeiro na América do Sul e, também, como o 14º maior exportador de capitais do mundo, mesmo sem ser signatário de qualquer acordo relativo a investimentos. Esse fenômeno não é isolado como se depreende da análise dos resultados de países como México e Argentina que, apesar de terem estabelecido TBI's, não obtiveram nenhum aumento perceptível no aporte de investimento estrangeiro<sup>80</sup> enfrentando, inclusive, reflexos negativos nos acordos estabelecidos.<sup>81</sup>

## 2.2 Pensando os TBI's sob Nova Perspectiva

### 2.2.1 O Novo Cenário do Investimento Internacional

O movimento de liberalização econômica na comunidade internacional dos anos 1990, aliado à globalização, tecnologia e aumento expressivo da competição por mercados, gerou um importante impacto nas relações de investimento

<sup>78</sup> Ver: YACKEE, Jason W. Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: do BITs promote foreign direct investment? **Law & Society Review**, Salt Lake City, v. 42, n. 4, p. 805-832, Dec. 2008. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-5893.2008.00359.x/abstract>. Acesso em: 22 de jun. 2015. E também: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. New York and Geneva, 2003. Disponível em: < [http://unctad.org/en/docs/wir2003light\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2003light_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>79</sup> YACKEE, Jason W. Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: do BITs promote foreign direct investment? **Law & Society Review**, Salt Lake City, v. 42, n. 4, p. 805-832, Dec. 2008. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-5893.2008.00359.x/abstract>. Acesso em: 22 de jun. 2015. p. 827.

<sup>80</sup> ANDRADE, Gustavo Fernandes de; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Investmente treaties, foreign investment and brazilian law: the magic of reality. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi; et al. (ed.). **Investment Protection in Brazil**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 88.

<sup>81</sup> Como é o caso da Argentina que enfrentou uma série de disputas arbitrais.

internacional – especialmente naquelas envolvendo países em desenvolvimento. Essa mudança vem expressa no relatório da UNCTAD de 2006<sup>82</sup> que aponta para um aumento da saída de investimentos destes países no montante de 57 bilhões de dólares entre 1985 e 2004. Cabe ainda ressaltar que um percentual significativo deste capital é investido em outros países em desenvolvimento, reforçando uma cooperação “Sul-Sul” e oferecendo uma alternativa ao paradigma tradicional “Norte-Sul”. Assim, as razões por detrás desse movimento não são outras senão a conjunção entre os interesses privados e as experiências, interesses e identidade comuns dos países em desenvolvimento.

Os interesses privados, aqui representados pelas empresas transnacionais, são movidos principalmente pelo rápido crescimento dos países em desenvolvimento, pela pressão da competitividade e pela realização desses de que estão operando em uma economia global. Estas empresas veem oportunidades na atuação internacional, tais como nichos específicos de mercado, mão-de-obra barata e uma fuga da dependência do mercado interno.<sup>83</sup> Dentro dessa conjuntura, aproximadamente um quarto das empresas transnacionais no mundo são de países em desenvolvimento<sup>84</sup> o que nos leva a entender a mudança de mentalidade desses países, que agora esperam e demandam que o regime de investimento proteja os seus investidores nacionais.<sup>85</sup>

Dentro deste movimento, percebe-se a existência de um forte ativismo “Sul-Sul” na negociação de TBI’s como podemos perceber pela passagem a seguir:

A second noticeable trend is the growing involvement of many developing countries in IIAs. At the end of 2005, they were party to 75% of all BITs (figure I.11), 58% of all DTTs (figure I.12), and 81% of other IIAs. Two developing countries (China and Egypt) were amongst the top 10 signatories of BITs worldwide (figure I.13). LDCs, although host to only 0.7% of global FDI inward stock, had concluded 15% of all BITs, 6% of DTTs and 15% of other IIAs (table I.12).

<sup>82</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. FDI from Developing and Transition Economies: Implications of Development. New York and Geneva, 2006. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/wir2006\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/wir2006_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 117.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 26-27.

<sup>84</sup> LEE, Sung-Ah. South-south investment in south, east and South-east Asia. **Asia-Pacific Trade and Investment Review**, 3, 1, p. 29-65, jun. 2007. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.512.8768&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015. p. 43, fg. 15.

<sup>85</sup> ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment**. [Hague]: Hague Academy of International Law, 2011. p. 122-143. p. 7.

IIAs between developing countries have increased substantially. For example, the total number of BITs among developing countries leapt from 42 in 1990 to 644 by the end of 2005. During the same period, the number of DTTs concluded between developing countries rose from 105 to 399, and the number of other IIAs from 17 to 86.”<sup>86</sup>

Outro dado que denota uma maior interação entre investidores e países acolhedores de investimento, bem como das relações “Sul-Sul”, é o aumento do uso de mecanismos de solução de conflitos sobre investimento. A partir de 1993, percebe-se um crescimento exponencial no número de casos de arbitragem instituídos com base em tratados de investimento que, em 2011, já haviam atingido o número de 450, envolvendo pelo menos 89 países.<sup>87</sup> Em 2005 pelo menos 50 novos casos foram protocolados com base em tratados de investimento.<sup>88</sup> Das, aproximadamente, 250 disputas investidor-Estado que foram submetidas à arbitragem até 2006, 28 advinham de investidores de um país em desenvolvimento sendo que, destas, 25 foram submetidas contra outro país em desenvolvimento.<sup>89</sup>

Ademais, com o aumento do número de decisões arbitrais e da fixação de prêmios, o direito internacional do investimento ganhou vida nesse período e começou a ser possível identificar uma jurisprudência arbitral a respeito das

<sup>86</sup> Uma segunda tendência perceptível é o crescente envolvimento de muitos países em desenvolvimento em tratados internacionais de investimento. Ao final de 2005, eles eram parte de 75% de todos os TBI's, 58% de todos os tratados internacionais sobre bitributação, e 81% de todos os demais tratados internacionais de investimento. Dois países em desenvolvimento (China e Egito) estavam entre os top 10 signatários de TBI's no mundo. Países subdesenvolvidos, ainda que hospedeiros de apenas 0.7% de todo o estoque de investimento internacional direto interno, haviam concluído 15% de todos os TBI's, 6% dos tratados internacionais sobre bitributação e 15% demais tratados internacionais de investimento. Tratados internacionais de investimento entre países em desenvolvimento aumentaram substancialmente. Por exemplo, o número total de TBI's entre países em desenvolvimento subiu de 42 em 1990 para 644 ao final de 2005. Durante esse mesmo período o número de tratados internacionais sobre bitributação concluídos entre países em desenvolvimento aumentou de 105 para 399, e o número de demais tratados internacionais de investimento de 17 para 86. *Tradução livre*. Fonte: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. FDI from Developing and Transition Economies: Implications of Development. New York and Geneva, 2006. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/wir2006\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/wir2006_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 26.

<sup>87</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **IIA Issues Note**. Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, n. 1, 2012. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 3, fg. 1.

<sup>88</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. FDI from Developing and Transition Economies: Implications of Development. New York and Geneva, 2006. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/wir2006\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/wir2006_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 27.

<sup>89</sup> ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment**. [Hague]: Hague Academy of International Law, 2011. p. 7.

obrigações fundamentais tipicamente incluídas nos tratados internacionais de investimento.<sup>90</sup> Ao mesmo tempo, no entanto:

The dramatic growth of investor-State dispute settlement cases has given rise to concerns and triggered several reactions on part of governments.

The surge in investment disputes arising from IIAs in and by itself is not necessarily an unhealthy development – after all, it is an expression of the rule of law, and hence an expression of the fact that IIAs "work" towards creating a favorable investment climate in host countries. However, there have been some concerns with regard to both the substantive aspects of the IIAs that have given rise to arbitrations and some procedural issues of existing investor-State dispute settlement mechanisms<sup>91</sup>

Montt<sup>92</sup> vai se referir a esse movimento como *bad case* ou *BITs-as-gunboat-arbitration*, cujo ponto focal seria o movimento da jurisprudência arbitral transformando os TBI's em um sistema conservador de superproteção ao investimento e ao *status quo*. Daí a razão por trás da opção pelo regime de soluções de disputas sobre investimentos ser, predominantemente, *caso a caso*, não unificado em uma organização ou corte internacional. Segundo o autor, os países preferem a arbitragem *caso a caso* à possibilidade de uma coerência na direção errada, aceitando as inconsistências e os riscos que essa escolha importam.

Todavia, essa opção não exclui que possa ocorrer uma coerência na direção errada, já que, diante dos amplos *standards* atuais, os árbitros, hoje, possuem um grande poder de discricionariedade e, cada vez mais, as decisões e prêmios arbitrais são inseridos em um conceito de rede envolvendo os precedentes e os TBI's.<sup>93</sup> A experiência Argentina é traumática nesse tocante. Foram propostas mais de quarenta arbitragens contra ela, as quais, em sua grande maioria, se deram em

<sup>90</sup> ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment**. [Hague]: Hague Academy of International Law, 2011. p. 19.

<sup>91</sup> O aumento dramático de casos de solução de disputas Investidor-Estado deu início a preocupações e causou uma série de relações da parte dos governos. A onda de disputas de investimento com base em tratados internacionais de investimentos por si própria não é necessariamente um algo negativo – afinal, é uma expressão do Estado de Direito, e por conta disso uma expressão do fato de que tratados internacionais de investimento funcionam na direção de criar um clima favorável ao investimento nos países de acolhedores de investimento. *Tradução livre*. Fonte: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **IIA Monitor**. Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, n. 4, 2005. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/webiteit20052\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/webiteit20052_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 7.

<sup>92</sup> MONTT, Santiago. **State Liability in Investment Treaty Arbitration**: global constitutional and administrative law in the BIT generation. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2012. p. 76.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 157 – 159.

virtude de uma reação perante a crise econômica e política no país, ocorrida em meados de 2001.

O país viu a urgência na modificação de sua política monetária, substituindo seu câmbio fixo, de equivalência do peso ao dólar, para um câmbio flutuante.<sup>94</sup> Essa medida, no entanto, causou uma grande desvalorização da moeda argentina e refletiu em prejuízos aos investidores estrangeiros que viram seus investimentos também desvalorizarem. Além disso, foram rescindidas as licenças concedidas às empresas privatizadas sob a justificativa de que os acordos precisavam ser revisados. Diante dessas medidas os investidores americanos, protegidos pelos TBI's vigentes à época,<sup>95</sup> levaram suas reivindicações ao CIRDI valendo-se dos seguintes dispositivos: artigo II(2) e artigo IV(1), cujo conteúdo englobava tratamento justo e equitativo, proteção total e segurança, proteção contra medidas arbitrárias ou discriminatórias e compensação contra expropriações.<sup>96</sup> As arbitragens instauradas<sup>97</sup> julgaram o governo argentino responsável pelas suas ações e estipularam prêmios em valores que ultrapassavam 100 (cem) milhões de dólares, o que contribuiu para aprofundar ainda mais a crise argentina.

Enfrentou-se, neste caso, o problema da ponderação entre a proteção do investimento e do interesse público, já que as medidas adotadas pelo governo argentino foram em caráter de urgência e em prol da manutenção da economia fragilizada com a crise. Essa foi uma questão sempre muito sensível para os países em desenvolvimento e foi exacerbada pela experiência Argentina, que demonstrou o quanto os tratados de investimento restringem a soberania dos países. Diante disso,

<sup>94</sup> WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 5, p. 803-822, Set. 2014. p. 8.

<sup>95</sup> TREATY between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment. Buenos Aires, 14 de novembro de 1991. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

<sup>96</sup> ALVAREZ, José E.; KHAMSI, Kathryn. The argentine crisis and foreign investors. A glimpse into the heart of the investment regime. In: SAUVANT, Karl P. (ed.). The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009. New York: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_065328.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_065328.pdf)>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015. p. 390-391.

<sup>97</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8. Disponível em: <http://www.italaw.com/cases/288#sthash.XsSS2tyV.dpuf>; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1. Disponível em: <http://www.italaw.com/cases/documents/623#sthash.gs8SuByA.dpuf>; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic). Disponível em: <http://www.italaw.com/cases/401#sthash.miA89h2G.dpuf>; Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16. Disponível em: <http://www.italaw.com/cases/1002#sthash.rPSDpiNs.dpuf>.

inúmeras discussões na doutrina surgiram a respeito da arbitragem e de novos métodos de resolução de disputas que poderiam superar as inconsistências do regime atual, dando azo às expectativas e às necessidades individuais de cada país. Ressalta-se, aqui, o ativismo dos países em desenvolvimento no tema, pois dentro dessa conjuntura, são eles que arcam com o maior risco envolvendo uma disputa sobre investimentos, o que pode acarretar, inclusive, em um expressivo impacto as suas economias e ao seu próprio desenvolvimento.

Por outro lado, em sua origem, a natureza da cooperação “Sul-Sul” é política, os países em desenvolvimento veem vantagens e se fortalecem mutuamente com o aumento da troca de capitais e de experiências. A origem muitas vezes comum desses países, assim como as experiências compartilhadas, facilitam a negociação dos acordos de investimento que tomam novas formas, observando as necessidades particulares de cada país. Nessa perspectiva torna-se interessante colocar que enquanto o capital busca a proteção, os Estados buscam consolidar sua expressão na economia global.<sup>98</sup>

Essa cooperação tem influência direta na negociação de acordos e tratados de investimento. Tratados de investimento “Sul-Sul” incluem modificações aos *standards* e disposições contidas nos tratados “Norte-Sul”, principalmente em vista da realização de que ambas as partes são igualmente origem e destino de investimento estrangeiro direto. Dessa forma, é vantajoso a inclusão de cláusulas menos onerosas e *standards* que facilitem suas posições como importadores e/ou exportadores de capital.<sup>99</sup> Ademais, esses tratados estão mais aptos a tratar dos interesses desenvolvimentistas e, em sua maior parte, lidam com a promoção e proteção do investimento, não abordando, por exemplo, o direito de estabelecimento ou a proibição de requisitos de performance.<sup>100</sup> Ainda nessa linha, movimenta-se para uma maior previsão de direitos humanos nesses tratados, levando em consideração o meio ambiente, a corrupção, as leis trabalhistas e as garantias fundamentais.

---

<sup>98</sup> ODUMOSU-AYANU, Ibironke T. South-South Investment Treaties, Transnational Capital and African Peoples. **African Journal of International and Comparative Law**, Edinburgh, v. 21, n. 2, p. 172-201, June 2013. Disponível em: <http://www.euppublishing.com/doi/abs/10.3366/ajicl.2013.0058>. Acesso em: 22 de jun. 2015. p. 179.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>100</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. FDI from Developing and Transition Economies: Implications of Development. New York and Geneva, 2006. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/wir2006\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/wir2006_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 2.

Esse movimento de proteção aos direitos humanos enfrenta um problema sério que se manifesta na atualidade, qual seja a competição e busca dos investidores por Estados com menor proteção aos seus cidadãos e ao seu meio ambiente. Esses Estados seriam menos onerosos e deixariam a ocorrência de práticas – como o trabalho escravo ou em condições análogas ao escravo, a utilização de produtos nocivos ao meio ambiente e à saúde, e a corrupção – que, apesar de prejudiciais à sua população e ao meio ambiente, reduziriam os custos de produção, atraindo o investimento internacional. A respeito desse problema, que se manifesta mais fortemente nos países em desenvolvimento, coloca Odumosu-Ayanu:<sup>101</sup> “Host States must not participate in a race to the bottom with regards to health, safety and environmental measures”.

O aumento da atuação destes países no quadro econômico global é notório e, gradualmente, tornam-se menos evidentes as dicotomias entre “Norte-Sul”.<sup>102</sup> O reflexo disto é, justamente, o fato de que estes não se veem mais apenas como acolhedores de investimento internacional, mas como atores ativos na comunidade econômica internacional. Esse movimento impulsiona, também, uma mudança no regime internacional dos investimentos, na tentativa de garantir uma maior segurança aos investidores nacionais sem prejuízo de sua soberania, garantindo o desenvolvimento e respeitando suas limitações. A busca por um regime de investimento baseado em regras é cada vez mais evidente, seja na efetivação da segurança do investimento internacional, seja equilibrando a proteção do investimento e os demais objetivos de políticas públicas.

De acordo com Alvarez,<sup>103</sup> este regime de investimento baseado em regras implica uma série de impactos positivos nos países em desenvolvimento, tanto na dimensão externa, quanto na dimensão interna. Ele afirma que a adoção de um regime legal cumpriria três objetivos na esfera internacional: aumentar o fluxo de investimento internacional direto, diminuir o papel que a política e que a “power oriented diplomacy” podem ter nas relações de investimento internacional, e aumentar a integração entre os países em desenvolvimento. Já na dimensão

<sup>101</sup> Sobre o SADC Finance and Investment Protocol em: ODUMOSU-AYANU, Ibironke T. South-South Investment Treaties, Transnational Capital and African Peoples. **African Journal of International and Comparative Law**, Edinburgh, v. 21, n. 2, p. 172-201, June 2013. Disponível em: <http://www.eupublishing.com/doi/abs/10.3366/ajicl.2013.0058>. Acesso em: 22 de jun. 2015. p. 191.

<sup>102</sup> ECHANDI, Roberto. What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime? In: ALVAREZ, José E. et al. **The Evolving International Investment Regime**: expectations, realities, options. New York: Oxford University Press, 2011. p. 19.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 4-10.

interna, ele seria positivo atuando na supressão dos grupos de interesse e da inconsistência das instituições legais e políticas; na promoção de uma maior transparência e efetivação do estado de direito; e, por fim, no estímulo para uma maior coordenação e coerência das agências governamentais.

Levando em conta essa nova perspectiva do regime internacional dos investimentos e dos dados contemporâneos relativos a adoção de TBI's e do movimento "Sul-Sul" é superada a teoria de Guzman de que o regime dos TBI's segue o "dilema do prisioneiro" e é proposta uma nova concepção para entender esse regime partindo de um conceito de rede. Montt, vai expor cinco argumentos estruturais como evidências das externalidades características da teoria de rede: comunidade de interesses entre os *players*, padronização *de facto*, semelhança com a estrutura das constituições, não ser a melhor alternativa institucional e o padrão em "S" da curva de difusão característico dos efeitos de rede.<sup>104</sup>

Todo esse movimento nos leva a repensar o regime de investimentos, os TBI's e os métodos de solução de disputas. Países, como Equador e Venezuela, chegaram ao ponto de denunciar alguns de seus TBI's; enquanto outros, como é o caso do Brasil, começam a discutir a assinatura de novos acordos. Enquanto, de um lado, tem-se que esses tratados oferecem uma proteção minuciosa ao investimento, de outro lado, tem-se que há um espaço para uma negociação aprimorada valorizando os interesses nacionais.<sup>105</sup> O empoderamento e acirramento das relações dos países do eixo sul são o principal motor para as transformações nesse meio e trazem consigo importantes questões a serem discutidas e aprimoradas.

## 2.2.2 Repensando os TBI's e a Nova Política Internacional Brasileira

O Brasil tem posição de destaque dentre os países em desenvolvimento, sendo o principal destino de capital estrangeiro na América do Sul e, em números absolutos, um dos três maiores destinos de investimento estrangeiro direto dentre as economias emergentes. Concomitantemente, é a 5ª maior economia do mundo e um destino cada vez mais atrativo para o investimento estrangeiro.<sup>106</sup> Somente nos

<sup>104</sup> MONTT, Santiago. **State Liability in Investment Treaty Arbitration**: global constitutional and administrative law in the BIT generation. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2012. p. 105-110.

<sup>105</sup> MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. **Revista de Direito Internacional**. Brazilian Journal of International Law. v. 12, n. 2, p. 16-151, 2014. p. 66.

<sup>106</sup> DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos. Práticas do Brasil e da China. **Nação e Defesa**, n. 125, 4. série, p. 157-191, Primavera 2010. p. 163.



últimos vinte anos o país recebeu cerca de 442 (quatrocentos e quarenta e dois) bilhões de dólares em investimento estrangeiro direto sem a ratificação de qualquer TBI.<sup>107</sup> Por sua vez, é, também, o 14º maior exportador de capitais do mundo<sup>108</sup> e em 2006 os números de investimento brasileiro direto no exterior superaram aqueles de investimento estrangeiro direto.<sup>109</sup> As empresas brasileiras, da mesma forma, apresentam destaque no contexto econômico mundial com forte expansão nos mercados exteriores, havendo realizado 58% das 560 negociações de M&A's<sup>110</sup> em 2006.

A professora Wei Dan<sup>111</sup> coloca muito bem que as intenções nas negociações dos TBI's realizados, no passado, pelo governo brasileiro sempre recaíram sobre criar um ambiente propício para atrair investimentos estrangeiros e assegurar que esses recursos fossem corretamente atribuídos. Esses TBI's, segundo ela, pertenciam, em grande medida, aos paradigmas tradicionais "Norte-Sul", sem incorporar inovações relevantes do Direito Internacional de Investimento. Por essa razão, a política brasileira sempre se apresentou adversa ao regime de TBI's.

No entanto, as mudanças no cenário econômico mundial e interno brasileiro deram margem à revisão desse posicionamento. A negociação de acordos para proteção dos investidores nacionais brasileiros é cada vez mais atrativa, notadamente à luz das experiências na Bolívia e Equador. Em 2006, o presidente boliviano, Evo Morales, anunciou a nacionalização do gás e petróleo e os militares assumiram as instalações de um número de petrolíferas, inclusive instalações da Petrobrás, desrespeitando acordos de concessão existentes. Essa experiência não foi isolada como se pode retirar da decisão do Equador em não cumprir com o pagamento de financiamento realizado pelo BNDES ao país.<sup>112</sup> Ademais, o Brasil se encontra na posição de um dos grandes exportadores de capital e de investimentos

<sup>107</sup> LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi; et al. (ed.). **Investment Protection in Brazil**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. p. 105.

<sup>108</sup> SCHWARTSMANN, Guilherme B. **Os principais padrões de proteção ao investimento estrangeiro aplicados em arbitragens do sistema ICSID e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. 2013. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013. p. 2.

<sup>109</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. New York and Geneva, 2007. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/wir2007\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf). Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 55.

<sup>110</sup> Mergers and Aquisitions, em português: fusões e aquisições.

<sup>111</sup> DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. Práticas do Brasil e da China. **Nação e Defesa**, n. 125, 4. série, p. 157-191, Primavera 2010. p. 186.

<sup>112</sup> *Op. cit.*, 2013, 50 f., p. 2.

no quadro mundial e esses carecem de uma proteção jurídica adequada nos Estados anfitriões.<sup>113</sup>

É possível perceber um movimento das empresas e investidores brasileiros para a transnacionalidade havendo, inclusive, incentivos governamentais para o crescimento do investimento no exterior. Há de se considerar a existência de um processo de expansão e consolidação brasileiro para com os mercados interno e externos, como se aduz da intelecção:

Outward investments by Brazilian firms are to some extent part of an expansion and consolidation process that is taking place at home as well as abroad. Brazilian businesses are seeking to consolidate some industries, such as steel and mining, by buying foreign competitors so as not to lose market shares or become a takeover target themselves. Within Brazil itself, domestic buyers were involved in 58% of the 560 M&A deals in 2006 (including both domestic and cross-border), which reached record highs both in volume and value terms. There has been increased consolidation among Brazilian companies themselves, as well as through a large number of Brazilian companies buying foreign-owned assets in Brazil. Examples of the latter included the \$2.2 billion purchase of the Brazilian affiliate of BankBoston (United States) by Itaú (Brazil), and Bradesco's (Brazil) purchase of American Express's (United States) assets in Brazil. Some foreign companies that were involved in utilities industries sold their assets to local investors. For example, in the electricity industry, EDF (France) and four United States companies (Alliant Energy, El Paso, Public Service Enterprise Corporation Global and AES) divested their assets to local investors in 2006, and CMS Energy (United States) announced in 2007 that it would do the same.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. **Revista de Direito Internacional**. Brazilian Journal of International Law. v. 12, n. 2, p. 16-151, 2014. p. 66.

<sup>114</sup> "O investimento para o exterior das empresas brasileiras é, até certa extensão, parte de um processo de expansão e consolidação que está acontecendo internamente bem como no estrangeiro. As empresas brasileiras estão procurando consolidar algumas industrias, tais quais aço e mineração, através da compra das competidoras estrangeiras de forma a não perderem parcelas de mercado ou tornarem-se alvos de compras elas próprias. Internamente no Brasil, compradores domésticos estiveram envolvidos em 58% dos 560 acordos de M&A em 2006 (incluindo ambas as esferas doméstica e transfronteiriça), que chegaram a records tanto em volume como em termos de valores. Tem sido crescente o número de fusões entre as empresas brasileiras, bem como através de um grande número de empresas brasileiras comprando ativos de empresas estrangeiras no Brasil. Exemplos desse último caso incluem a compra por \$2.2 billion afiliada brasileira do BankBoston (Estados Unidos) pelo Itaú (Brasil), e a compra do Bradesco (Brasil) de ativos da American Express (Estados Unidos). Alguns investidores estrangeiros que estavam envolvidos com industrias de *utilities* venderam seus ativos para investidores locais. Por exemplo, na indústria elétrica, EDF (França) e quatro companhias americanas (Alliant Energy, El Paso, Public Service Enterprise Corporation Global and AES) alienaram seus ativos para investidores locais em 2006, e CMS Energy (Estados Unidos) anunciou em 2007 que iria fazer o mesmo", *tradução livre*. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. Transnational Corporations,

O próprio governo brasileiro promoveu uma série de políticas governamentais a fim de impulsionar o crescimento do investimento e do desenvolvimento – chamados Pactos de Aceleração do Crescimento (PAC). Dentre essas medidas têm-se o estímulo ao crédito e ao financiamento, a melhoria do ambiente de investimento, a desoneração e a administração tributária, as medidas fiscais de longo prazo e a consistência fiscal.<sup>115</sup> Como se retira do relatório da UNCTAD, o Presidente Luis Inácio “Lula” da Silva afirmou, em discurso realizado no ano de 2003, que os empresários abandonassem seus temores em se tornarem empresários multinacionais. Nesse mesmo ano, o Ministro Luiz Fernando Furlan, afirmou em conferência que o país havia estabelecido como meta ter ao menos 10 empresas transnacionais ao final do mandato presidencial. Ambos os discursos vêm ao encontro da tendência indicada no relatório de que:

Several developing countries, mostly in Asia, have not only liberalized their outward FDI policies, but are also actively encouraging their firms to internationalize through FDI. A number of them now view outward FDI as an important vehicle to strengthen the competitiveness of their firms and industries. Similar trends are also apparent in other developing regions.<sup>13</sup> Recent official policy statements indicate that outward FDI promotion has become a priority for some governments, implying that the traditional, cautious attitude towards FDI is changing.<sup>116</sup>

Além da preocupação com a promoção dos investimentos há, igualmente, a preocupação com os interesses e com a proteção desses investimentos no estrangeiro. O Brasil, consciente dessas transformações e da sua posição contemporânea como um país exportador de investimentos, encara os TBI's e o regime dos investimentos internacionais de forma diversa daquela manifestada no

---

Extractive Industries and Development. New York and Geneva, 2007. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/wir2007\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf). Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 17. p. 57.

<sup>115</sup> REDE NACIONAL DE INFORMACOES SOBRE O INVESTIMENTO (RENAI). **PAC**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://investimentos.mdic.gov.br/conteudo/index/item/69>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

<sup>116</sup> “Diversos países em desenvolvimento, a maioria da Ásia, não apenas liberalizaram suas políticas de investimento estrangeiros direto para o exterior, mas também ativamente encorajam empresas a se internacionalizar por meio de investimento estrangeiro direto. Um número delas hoje veem o investimento estrangeiro direto como um veículo importante para fortalecer a competitividade de suas empresas e indústrias. Uma tendência similar também é em outras regiões em desenvolvimento. Recentes declarações de políticas oficiais indicaram que a promoção do investimento estrangeiro direto tornou-se uma prioridade para alguns governos, sugerindo que a atitude tradicional de cautela com respeito ao investimento estrangeiro direto está mudando”, *tradução livre*. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. New York and Geneva, 2007. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/wir2007\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf). Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 209.

passado. As relações brasileiras no tocante ao eixo Sul são importante agente visto que esses países apresentam mais fatores de instabilidade e risco. A intensificação das relações com países africanos, latino-americanos e asiáticos e o interesse das empresas brasileiras nesses mercados revelam que, hoje, o país possui nas suas relações mais investimentos a proteger no exterior do que internamente.

Nesse sentido, em 2012 a Câmara de Comercio Exterior (CAMEX) concedeu um mandato formal ao Grupo Técnico de Estudos Estratégicos de Comércio Exterior (GTEX) para trabalhar na elaboração de um novo acordo de investimentos que respondesse às necessidades e preocupações brasileiras. No contexto das relações Brasil-África, GTEX recomendou a criação de um novo tipo de acordo de investimento, sob a coordenação do Secretariado de Comércio Exterior (SECEX).<sup>117</sup> O novo Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACCFI) foi elaborado a partir de subsídios de importantes organismos internacionais, estudos dos principais e mais atuais *benchmarks* no tema, com contribuições destacadas do setor privado e outros órgãos de governo.<sup>118</sup> Para os professores Fábio Morosini e Michelle Badin, as razões que levaram o Brasil a voltar a discutir TBI's são parte de um contexto que, conforme ele explica:

It was a time when national politics met the industry's private interest: firms were investing abroad—mainly in Latin America and Africa—while Brazil's external policy was also geared toward South-South relations, for reasons not limited to economic rationales. GTEX then initiated consultations with the private sector in Brazil concerning the main challenges of the transnationalization of Brazilian companies.<sup>119</sup>

Esses novos tratados, conquanto, similares àqueles assinados nos anos 90, no sentido de que visam a proteção do investimento e o estabelecimento de *standards*

<sup>117</sup> MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. The brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments (ACFI): a new formula for international investment agreements? **Investment Treaty News**, Geneva, 4 de Agosto de 2015. Disponível em: < [http://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/?utm\\_source=lists.iisd.ca&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Investment+Treaty+New+Issue+3.+Volume+6.+August+2015](http://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/?utm_source=lists.iisd.ca&utm_medium=email&utm_campaign=Investment+Treaty+New+Issue+3.+Volume+6.+August+2015)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>118</sup> MINISTERIO DO DESENVOLVIMENTO, INDUSTRIA E COMERCIO EXTERIOR. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4528&refr=1893>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

<sup>119</sup> Foi um período em que políticas nacionais foram ao encontro dos interesses privados da indústria: empresas estavam investindo no exterior—majoritariamente na América Latina e África—enquanto a política externa do Brasil estava voltada para as relações Sul-Sul, por razões não limitadas às econômicas. GTEX iniciou então consultas com o setor privado no Brasil a respeito dos principais desafios para a transnacionalização das empresas brasileiras”, *tradução livre*. *Op. cit.*, 2015.

comuns de proteção, diferenciam-se principalmente pelo fato de que seu foco principal é a cooperação e a facilitação do investimento e promovem formas não conflituosas de resolução de controvérsias.<sup>120</sup> Um modelo desse novo acordo ficou pronto em 2013, quando foi aprovado pela CAMEX, e então proposto para os Estados onde as empresas brasileiras estavam investindo mais consistentemente. Moçambique, Angola, e México foram os primeiros países a reagir positivamente ao novo impulso brasileiro das negociações.<sup>121</sup>

No último ano, pelo menos seis desses novos ACFIS foram assinados pelo Brasil com demais países em desenvolvimento: Moçambique, Angola, México, Malawi, Colômbia e Chile. Neles estão inclusas muitas das pautas que vinham sendo discutidas em âmbito internacional e pela doutrina.<sup>122</sup> Os ACFIS brasileiros reveem em suas estruturas questões como pautas sociais, abordando a responsabilidade social e corporativa e o desenvolvimento sustentável; como a governança institucional, estabelecendo pontos focais que poderão propor ações específicas para a melhoria da governança em investimentos; e como as cláusulas de resolução de controvérsias, que visam à prevenção e à resolução amigável das controvérsias, aos moldes do Ombudsman.

<sup>120</sup> BRAUNCH, Martin Dietrich. The Brazil-Mozambique and Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs): a descriptive overview. *Investment Treaty News*, issue 2, v. 6, p. 1-32, may 2015. Disponível em: <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-en.pdf>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015. p. 14.

<sup>121</sup> MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. The brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments (ACFI): a new formula for international investment agreements? *Investment Treaty News*, Geneva, 4 de Agosto de 2015. Disponível em: <[http://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/?utm\\_source=lists.iisd.ca&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Investment+Treaty+New+Issue+3.+Volume+6.+August+2015](http://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/?utm_source=lists.iisd.ca&utm_medium=email&utm_campaign=Investment+Treaty+New+Issue+3.+Volume+6.+August+2015)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>122</sup> MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*. Brazilian Journal of International Law. v. 12, n. 2, p. 16-151, 2014.

### 3 MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTO

Os métodos de solução de controvérsias sobre investimento são os mecanismos utilizados para promover a segurança dos investimentos estrangeiros e tutelar os eventuais conflitos envolvendo os investidores privados e os Estados receptores. Apesar de os riscos fazerem parte da atividade empreendedora, a existência de um mínimo de segurança e de garantias é essencial para a sua promoção e exercício. Nesse sentido, faz-se necessária a disponibilização de meios para a composição de litígios que tutelem essa realidade de forma justa e equitativa.

#### 3.1 Métodos Clássicos de Solução de Controvérsias sobre Investimento

While commercial disputes between private parties are usually settled before national courts or arbitral panels, contentious matters between States may fall under the jurisdiction of the International Court of Justice or other (specialized or regional) judicial dispute settlement systems. As to mixed disputes, that is, disputes between States and private parties, in particular those related to investments, in the past, these were mostly settled either before national courts or through *ad hoc* arbitration. Individual claimants had very little chance of success if they intended to bring claims against States or State entities. A State could espouse a claim on behalf of its nationals, but – short of this right of diplomatic protection – there was no direct right of recourse by foreign nationals against States for violation of their rights and no appropriate forum seemed to be generally available for this type of disputes.<sup>123</sup>

Como se pode depreender do trecho acima, são múltiplos os métodos de solução de controvérsias. Eles podem ser divididos, em razão da sua origem, em dois grandes grupos: aqueles consolidados no direito internacional, ou os métodos gerados no âmbito das relações de investimento.

<sup>123</sup> “Enquanto controvérsias comerciais entre as partes são normalmente solucionadas diante de cortes nacionais ou painéis arbitrais, matérias contenciosas entre Estados podem recair sobre a jurisdição da Corte Internacional de Justiça ou demais sistemas judiciais de solução de controvérsias (especializados ou regionais). As controvérsias mistas, vale dizer, entre Estado e particulares, em particular aquelas relativas a investimento, no passado, eram normalmente solucionadas em ou cortes nacionais ou através de arbitragens *ad hoc*. Os particulares teriam pouca chance de sucesso se pretendessem reivindicar contra Estados ou entidades estatais. Um Estado poderia patrocinar uma reivindicação de um de seus nacionais, mas – além desse direito de proteção diplomática – não haveria um direito direto a recurso aos estrangeiros contra Estados pela violação de seus direitos e não haveria um fórum apropriado disponível a esse tipo de disputas”, *tradução livre*. Ver: REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. *Methods of Dispute Resolution*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p. 692.

### 3.1.1 Métodos Usuais de Solução de Controvérsias em Direito Internacional

São três os métodos de solução de controvérsias usuais em Direito Internacional, quais sejam: (a) o acesso às cortes nacionais; (B) a proteção diplomática; e (c) o acesso a cortes e tribunais internacionais. Esses métodos podem ser entendidos como usuais em direito internacional, pois são mecanismos frequentes de composição de litígios no Direito Internacional Privado, bem como no Direito Internacional Público, sendo comumente utilizados em diversas áreas de atuação inclusive para dirimir questões referentes ao investimento estrangeiro.

a) Cortes Nacionais: na ausência de acordo específico, as controvérsias de investimento entre Estado e particulares irão normalmente recair sob a jurisdição das cortes nacionais. Desse modo, na falta de qualquer cláusula de escolha de foro específica em acordos de investimento ou disposições de resolução de litígios em TBI's ou em tratados multilaterais de investimento, as cortes nacionais serão competentes para decidir controvérsias relativas aos investimentos internacionais. No entanto, devido as especificidades das relações de investimento entre particulares e Estados é muito provável que essas relações tenham uma maior conexão com o Estado em que o investimento foi realizado, vale dizer o Estado receptor do investimento. Assim, a maior parte das regras de competência vão apontar o país receptor do investimento como fórum competente para a solução de quaisquer controvérsias relativas a investimento. Tal escolha de fórum implica uma série de consequências que irão ser vistas diferentemente pelas partes envolvidas.<sup>124</sup>

Dentre os problemas percebidos na utilização de cortes nacionais para os casos de investimento estrangeiro estão a escolha da lei aplicável, a eventual parcialidade, o preconceito, a influência da opinião pública e demais implicações políticas ou, ainda, a falta de *expertise* pela parte dos juízes nacionais. Há que se compreender que o juiz nacional é guiado pelo direito internacional privado do seu país e, normalmente, tende a interpretar os elementos de conexão de forma a aplicar a lei nacional, ao realizar a escolha da lei aplicável. Os juízes nacionais, muitas vezes, aplicam normas mandatórias dentro do regramento do Estado ainda

---

<sup>124</sup> REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. Methods of Dispute Resolution. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p.694-696.

que as partes tenham indicado lei aplicável diferente.<sup>125</sup> Ademais, há que se convir a respeito da burocracia e morosidade de alguns sistemas judiciais que, inclusive, comportam a utilização de manobras protelatórias, impossibilitando o efetivo exercício do direito dos investidores estrangeiros ao acesso à justiça.

Ainda nesse sentido, a solução de controvérsias diante de cortes nacionais se torna impraticável porque implica na atuação de um Estado soberano que age comercialmente (*jure gestionis*) e no exercício de sua soberania (*jure imperii*). Dessa forma, enfrenta-se a questão da imunidade de soberania e, além de todas as dificuldades procedimentais relativas ao processo e a possibilidade de extinção do caso, o risco de inadmissibilidade do litígio ou da decisão estrangeira que julgou o caso.<sup>126</sup>

b) Proteção Diplomática: segundo Cassese,<sup>127</sup> o instituto da proteção diplomática pode ser exercido por um Estado em benefício de seu nacional, afim de garantir o tratamento desse em conformidade com os *standards* geralmente aceitos e em conformidade com as regras internacionais, fazendo cessar e buscando compensação por quaisquer atos ilícitos contra o particular. No entanto, para que um Estado possa levar um caso perante um tribunal arbitral ou instituir procedimento judicial em uma corte internacional contra o Estado receptor por alegações de violação aos direitos de seus nacionais, é imprescindível que o particular tenha exaurido todos os remédios disponíveis em nível doméstico. Nesse sentido, Reinisch<sup>128</sup> ressalta que a proteção diplomática não requer qualquer acordo anterior entre as partes em litígio e, assim, tem a vantagem de ser um método facilmente disponível de solução de controvérsias envolvendo Estados.

Contudo, o direito à proteção diplomática não é inerente ao particular lesado, mas sim, uma faculdade do Estado de que é nacional. Isto significa dizer que a proteção dos investidores é dependente da vontade do seu Estado de defender suas reivindicações.<sup>129</sup> Esse ponto de imprevisibilidade fica bastante claro pela leitura do trecho:

---

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 696.

<sup>126</sup> REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. Methods of Dispute Resolution. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p. 696.

<sup>127</sup> CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 121-122.

<sup>128</sup> *Op. cit.*, 2008, p. 712.

<sup>129</sup> *Op. cit.*, 2005, p. 121-122.



The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case.<sup>130</sup>

Há, ainda, toda a relação com o risco inerente no exercício da proteção diplomática, já que essa pode ser exercitada de diferentes formas – represálias, retaliações ou mesmo por meio de medidas consideradas ilícitas em âmbito internacional. Pode inclusive, conforme aponta Magalhães,<sup>131</sup> ultrapassar os limites da negociação e se transformar em verdadeiras tensões internacionais.

c) Cortes e Tribunais Internacionais: o fato de que as controvérsias relativas aos investimentos internacionais são normalmente de um caráter misto – vale dizer, entre um Estado e um particular – não exclui a possibilidade de que elas possam adquirir concorrente ou sucessivamente o caráter de controvérsia entre Estados. Por exemplo, um Estado pode patrocinar a reivindicação de um de seus nacionais em uma eventual controvérsia entre o particular e o Estado receptor do investimento, tornando-a assim uma controvérsia entre Estados. Do mesmo modo, independentemente do potencial patrocínio das reivindicações de um de seus nacionais, uma controvérsia de investimento pode gerar uma controvérsia entre Estados caso a conduta de um dos Estados não atinja apenas o investidor estrangeiro, mas também pode se caracterizar como uma violação de direito internacional. Esse é, geralmente, o caso envolvendo os TBI's ou os acordos multilaterais de proteção do investimento. Nesse diapasão, são dois os principais foros para solução de controvérsias de investimento entre Estados a serem considerados: a Corte Internacional de Justiça (ICJ) e o Tribunal Irã-Estados Unidos.<sup>132</sup>

Cabe ressaltar que casos de extrema relevância para o direito internacional dos investimentos foram decididos nessas instâncias. Possivelmente, dentre os julgados pela ICJ mais notórios na matéria de investimento estão: *Chorzow Factory*

<sup>130</sup> HAILA. Corte Internacional de Justiça. Caso da Empresa Barcelona Traction, Light and Power Company Limited. Bélgica c. Espanha. 5 de fevereiro de 1970. Disponível: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

<sup>131</sup> MAGALHAES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009.

<sup>132</sup> REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. Methods of Dispute Resolution. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p. 714-715.

*Case*<sup>133</sup>, *Barcelona Traction*<sup>134</sup> e, mais recentemente, *Diallo v Congo*<sup>135</sup>. O ex-presidente da ICJ, Schwebel<sup>136</sup>, referindo-se ao Tribunal Irã-Estados Unidos, expressou a opinião de que se trata de um tribunal que, durante os últimos trinta anos, acumulou um corpo de valiosa jurisprudência, tendo considerado em torno de quatro mil casos.

Importa destacar que ambos os órgãos possuem competências claramente definidas, como se retira da leitura do Estatuto da ICJ<sup>137</sup>, arts. 34 e 36, que definem a competência da corte *ratione personae* e *ratione materiae*, respectivamente:

#### Article 34

1. Only states may be parties in cases before the Court.
2. The Court, subject to and in conformity with its Rules, may request of public international organizations information relevant to cases before it, and shall receive such information presented by such organizations on their own initiative.
3. Whenever the construction of the constituent instrument of a public international organization or of an international convention adopted thereunder is in question in a case before the Court, the Registrar shall so notify the public international organization concerned and shall communicate to it copies of all the written proceedings.

[...]

#### Article 36

1. The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.
2. The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special

<sup>133</sup> Foi uma decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) paradigmática no que tange a compensação na expropriação de propriedade estrangeira. Decisão: HAIA. Corte Permanente de Justiça Internacional. Caso relativo à Usina de Chorzów. Demanda indenizatória. Alemanha *versus* Polónia. 26 de julho de 1927. Disponível em: [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_09/28\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Competence\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf). Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

<sup>134</sup> A decisão da ICJ enfrentou as questões relativas à nacionalidade das corporações transnacionais e à proteção diplomática dos acionistas. Decisão: HAIA. Corte Internacional de Justiça. Caso da Empresa Barcelona Traction, Light and Power Company Limited. Bélgica c. Espanha. 5 de fevereiro de 1970. Disponível: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

<sup>135</sup> Revisando a decisão prolatada no caso *Barcelona Traction*, a ICJ voltou a discutir a questão da nacionalidade das corporações transnacionais, confirmando o entendimento do local de incorporação. Decisão: HAIA. Corte Internacional de Justiça. Caso Ahmadou Sadio Diallo. República da Guiné c. República Democrática do Congo. 30 de novembro de 2010. Disponível: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

<sup>136</sup> SCHWEBEL, Judge Stephen M. **In Defence of Bilateral Investment Treaties**. Keynote Address of the ICCA Congress MIAMI, 2014. p. 1-11. Disponível em: <[http://www.arbitration-icca.org/media/2/14169776244680/schwebel\\_in\\_defence\\_of\\_bits.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/2/14169776244680/schwebel_in_defence_of_bits.pdf)>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

<sup>137</sup> STATUE of the International Court of Justice. Hague, 26 june 1945. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:

- a. the interpretation of a treaty;
- b. any question of international law;
- c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
- d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

3. The declarations referred to above may be made unconditionally or on condition of reciprocity on the part of several or certain states, or for a certain time.

4. Such declarations shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies thereof to the parties to the Statute and to the Registrar of the Court.

5. Declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force shall be deemed, as between the parties to the present Statute, to be acceptances of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice for the period which they still have to run and in accordance with their terms.

6. In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court.

E do Acordo de Alger de 1981<sup>138</sup>, que estabelece o Tribunal Irã-Estados Unidos, definindo suas regras e procedimento. É notável a percepção de que o procedimento adotado é uma variação das regras da UNCITRAL. A jurisdição do tribunal é definida no art. 2º do acordo, conforme sua intelecção:

Article II 1. An International Arbitral Tribunal (the Iran-United States Claims Tribunal) is hereby established for the purpose of deciding claims of nationals of the United States against Iran and claims of nationals of Iran against the United States, and any counterclaim which arises out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of that national's claim, if such claims and counterclaims are outstanding on the date of this agreement, whether or not filed with any court, and arise out of debts, contracts (including transactions which are the subject of letters of credit or bank guarantees), expropriations or other measures affecting property rights, excluding claims described in Paragraph 11 of the Declaration of the Government of Algeria of January 19, 1981, and claims arising out of the actions of the United States in response to the conduct described in such paragraph, and excluding claims arising under a binding contract between the parties specifically providing that any disputes thereunder shall be within the sole jurisdiction of the competent Iranian courts in response to the Majlis position. 2. The Tribunal shall also have jurisdiction over official claims of the United States and Iran against each other arising out of contractual arrangements between them for the purchase and sale of

<sup>138</sup> DECLARATION of the government of the democratic and popular republic of Algeria. Algeria, 19 january 1981. Disponível em: <[http://www.parstimes.com/history/algiers\\_accords.pdf](http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf)>. Acesso em: 6 dezembro de 2015.

goods and services. 3. The Tribunal shall have jurisdiction, as specified in Paragraphs 16-17 of the Declaration of the Government of Algeria of January 19, 1981, over any dispute as to the interpretation or performance of any provision of that declaration.

No entanto, o fato de que é facultado aos Estados a escolha sobre assumir ou não as reivindicações dos seus nacionais e de instituir os procedimentos diante dessas cortes torna esses sistemas pouco práticos para a defesa efetiva dos interesses dos investidores que ficam à mercê das flutuações políticas dos Estados de que são nacionais e dos diálogos geopolíticos. Ademais, os particulares tendem a ser prejudicados com soluções em que o jurídico é contaminado pelo político.<sup>139</sup>

### 3.1.2 Métodos de Solução de Controvérsias Específicos do Direito Internacional do Investimento

Quando nos referimos a mecanismos de solução de controvérsias típicos ou específicos do direito internacional do investimento, estamos falando da arbitragem. A arbitragem moderna, apesar de dificilmente conceituada<sup>140</sup>, é o método de solução de controvérsias baseado em um procedimento privado flexível, de natureza consensual, que dá azo a uma decisão vinculativa.<sup>141</sup> Esse método é comumente encontrado em cláusulas específicas nos contratos de investimento, mas ele se popularizou – tornando-se o principal mecanismo de solução de controvérsias sobre investimento – com o crescimento dos TBI's e a criação do CIRDI. Na visão de Barral,<sup>142</sup> a globalização econômica e o desenvolvimento do comércio internacional favorecem à utilização da arbitragem.

<sup>139</sup> ALVES, Diogo Henrique Tomaz Afonso. Investimentos, arbitragem internacional e o Brasil. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, v. 7, n. 2, p. 87-102, jul./dez/ 2010. Disponível em: < [file:///Users/Rafa/Downloads/992-6617-1-PB%20\(1\).pdf](file:///Users/Rafa/Downloads/992-6617-1-PB%20(1).pdf) >. Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p.99.

<sup>140</sup> É difícil um conceito único de arbitragem, em razão dos diferentes tipos de arbitragem existentes e seus variados objetos. Ver: Parra, Fundamentos da Arbitragem no Direito Brasileiro e estrangeiro. Fonte: PARRA, Jorge Barrientos. Fundamentos da arbitragem no Direito brasileiro e estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 27, n. 107, p. 215-244, jul./set. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175802/000451078.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015. p. 216-218.

<sup>141</sup> INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES OF THE WORLD BANK GROUP. **Alternative Dispute Resolution Guide**. Washington D.C., June 2011. Disponível em: [http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Resources/15322\\_ADRG\\_Web.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Resources/15322_ADRG_Web.pdf). Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

<sup>142</sup> BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

Leciona Parra,<sup>143</sup> que o instituto da arbitragem remonta à Grécia Antiga, quando dos conflitos entre as cidades-estados, e que apresentou acentuado desenvolvimento no período Romano, tempo em que seriam lapidados termos e conceitos de uso comum na atualidade e incorporados as legislações modernas. Historicamente, entretanto, foi na Idade Média que surgiu a arbitragem comercial. Naquela época, via-se esse mecanismo como uma forma de solução de controvérsias mais célere e qualificada em relação à justiça comum. Esse foi o mesmo entendimento dos revolucionários franceses, que entenderam a arbitragem como meio mais razoável de resolver os conflitos entre os cidadãos, traduzindo o ideal de fraternidade da revolução.

Na realidade do investimento internacional, a arbitragem pode ser entre Estados ou entre investidor e Estado, a qual possui uma natureza mista, eis que não se encaixa nos moldes da arbitragem pública ou privada.<sup>144</sup> Nesse sentido, as arbitragens relativas às relações de investimento tomam, frequentemente, as seguintes formas: (a) arbitragem entre Estados, (b) arbitragem conforme o sistema CIRDI e (c) arbitragem *ad hoc* ou de demais instituições. É muito comum, inclusive, a previsão de cláusulas mistas, ou amplas, que possibilitam às partes escolher entre diferentes formas e instituições de arbitragem.

a) Arbitragem entre Estados: entende-se como tendo sido inaugurada a arbitragem entre Estados como procedimento em 1794, sob os auspícios do Tratado de Londres.<sup>145</sup> Esse mecanismo, presente em praticamente todos os TBI's, são virtualmente idênticos àqueles encontrados nos Tratados de Amizade, Comércio e Navegação (FCN) e levam uma formulação ortodoxa, cuja destinação é englobar todas as espécies de diferendos que possam resultar do tratado.<sup>146</sup> Nesse sentido vale observar a formulação do art. 8º do modelo de TBI chinês:

<sup>143</sup> *Op. cit.*, 1990, p. 216-218.

<sup>144</sup> VIANNA, Bárbara Póvoas. **Mecanismos de solução de controvérsias relativas a investimentos e seus impactos sobre o Brasil**. 2001. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33816-44245-1-PB.pdf>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

<sup>145</sup> GRAY, Christine; KINGSBURY, Benedict. Developments in dispute settlement: inter-state arbitration since 1945. In: **The British Yearbook of International Law 1992**. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 97-134. Disponível em: <<http://www.ijl.org/aboutus/documents/DevelopmentsinDisputeSettlement.pdf>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

<sup>146</sup> ROBERTS, Anthea. State-to-State Investment Treaty Arbitration: a hybrid theory of interdependent rights and shared interpretive authority. **Harvard International Law Journal**, v. 55,

#### Article 8: Settlement of Disputes between Contracting Parties

1. Any dispute between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, as far as possible, be settled with consultation through diplomatic channel.

2. If a dispute cannot thus be within six months, it shall, upon the request of either Contracting Party, be submitted to an ad hoc arbitral tribunal.

3. Such tribunal comprises of three arbitrators. Within two months of the receipt of the written notice requesting arbitration, each Contracting Party shall appoint one arbitrator. Those two arbitrators shall, within further two months, together select a national of a third State having diplomatic relations with both Contracting Parties as Chairman of the arbitral tribunal.

4. If the arbitral tribunal has not been constituted within four months from receipt of the written notice requesting arbitration, either Contracting Party may, in the absence of any other agreement, invite the President of the International Court of Justice to make any necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or is otherwise prevented from discharging the said functions, the Member of the International Court of Justice next in seniority who is not a national of either Contracting Party or is not otherwise prevented from discharging the said function shall be invited to make such necessary appointments.

[...]<sup>147</sup>

Pela leitura do artigo depreende-se que as partes ao TBI têm direito a instituir uma arbitragem *ad hoc*, conforme procedimento previsto no próprio TBI, desde que intentada, durante um período de seis meses, a resolução da controvérsia pela forma diplomática. Esse mesmo modelo de formulação é frequentemente encontrado em demais TBI's.<sup>148</sup>

No entanto, com o crescimento das oportunidades para os investidores apresentarem suas reivindicações diretamente contra os Estados receptores, o recurso da arbitragem entre Estados, como forma de proteção diplomática, é cada vez menos comum.<sup>149</sup> Nesse mesmo sentido, aponta Salacuse:<sup>150</sup>

While all investment treaties provide for interstate arbitration, it appears that only one state has actually invoked arbitration to settle a

---

n. 1, p. 1-70, winter 2014. Disponível em: < [http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2014/03/HILJ\\_55-1\\_Roberts.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2014/03/HILJ_55-1_Roberts.pdf)>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p. 6 e 7.

<sup>147</sup> BROWN, Chester. **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 170.

<sup>148</sup> SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. **Harvard International Law Journal**, v. 55, n. 2, p. 427-473, summer 2010. Disponível em: [http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ\\_51-2\\_Salacuse.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ_51-2_Salacuse.pdf). Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p. 457 e 458.

<sup>149</sup> REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. Methods of Dispute Resolution. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p. 718.

<sup>150</sup> *Op. cit.*, 2010, p. 458.

treaty dispute with another state. In 2003, Peru, in response to an ICSID claim against it by Chilean investors, instituted an interstate arbitration against Chile and requested the ICSID tribunal to suspend proceedings until the interstate arbitration was resolved. The tribunal declined the request, and Peru ceased its case against Chile. The paucity of interstate cases is likely due to the fact that most treaties give investors a distinct remedy against an offending host state, a mechanism that relieves their home states of the need to seek redress for them through interstate arbitration.

b) CIRDI: estabelecido pela Convenção de Washington de 1965 o CIRDI proporciona o benefício de um conjunto certo de regras e o suporte de uma instituição arbitral especializada e experiente.<sup>151</sup> O objetivo do centro é estabelecer um foro neutro para a solução de controvérsias entre Estados e investidores estrangeiros e, portanto, não participa do procedimento arbitral. Ao invés disso, sua atuação é como administrador desses procedimentos, auxiliando na sua condução, proporcionando instalações e acumulando as funções de registro das disputas, comunicações processuais e eventuais nomeações de árbitros e de membros dos Comitês *ad hoc* de apreciação de recursos contra sentenças arbitrais.<sup>152</sup>

A princípio o CIRDI era limitado às controvérsias em que ambos Estados – o Estado do investidor e o Estado receptor do investimento – faziam parte da convenção, vale dizer que, se um dos Estados envolvidos não preenchesse esse requisito, o CIRDI não poderia conhecer do caso. Todavia, esse problema foi resolvido em 1978 pela criação do mecanismo adicional do CIRDI o qual permite, mediante consenso das partes, o recurso aos elementos principais do sistema de controvérsias ainda que somente uma das partes cumpra o requisito.<sup>153</sup>

Esse foi um grande avanço no direito internacional do investimento, pois implementou o primeiro sistema efetivo de reconhecimento da capacidade postulatória do indivíduo em foro internacional.<sup>154</sup> Até então os particulares, por não serem considerados sujeitos de direito internacional, não poderiam apresentar reivindicações perante Estados. Da mesma forma, foi apenas com a consolidação

<sup>151</sup> REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. Methods of Dispute Resolution. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p. 698.

<sup>152</sup> SCHWARTSMANN, Guilherme B. **Os principais padrões de proteção ao investimento estrangeiro aplicados em arbitragens do sistema ICSID e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. 2013. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013. p. 18.

<sup>153</sup> SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August; SINCLAIR, Anthony. **The ICSID Convention**: a commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 10.

<sup>154</sup> CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 525.



do CIRDI que os TBI's puderam se tornar veículos para os Estados manifestarem o seu consentimento prévio à arbitragem internacional.<sup>155</sup>

Todavia, não são todas as controvérsias sobre investimento ou sujeitos que podem se valer do CIRDI. Em verdade o acesso ao sistema fica claramente discriminado na Convenção de Washington,<sup>156</sup> em seu art. 25, que discrimina os requisitos *ratione personae* e *ratione materiae* para que o centro tenha jurisdição sobre controvérsias:

Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. (2) "National of another Contracting State" means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention. (3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required. (4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary General shall forthwith transmit such notification to all Contracting Convention States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

O mecanismo adicional, além de ampliar a jurisdição *ratione personae* como foi falado anteriormente, também amplia a um tanto limitada jurisdição *ratione*

<sup>155</sup> ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment**. [Hague]: Hague Academy of International Law, 2011. p. 125.

<sup>156</sup> INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). **ICSID Convention, Regulations and Rules**. ICSID: Washington D.C., 2006. Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf). Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p. 18.



*materiae* do CIRDI, que passa a conhecer também de controvérsias que não tenham relação direta com o investimento, mas ao menos um nexo significativo.<sup>157</sup>

A UNCTAD<sup>158</sup> aponta inúmeras vantagens às arbitragens instauradas no sistema do CIRDI, entre elas:

Compared to ad hoc arbitration, the ICSID Convention offers considerable advantages: it offers a system for dispute settlement that contains not only standard clauses and rules of procedure but also institutional support for the conduct of proceedings. It assures the non-frustration of proceedings and provides for an award's recognition and enforcement.

[...]

The advantage for the investor is obvious: it gains direct access to an effective international forum should a dispute arise. The possibility of going to arbitration is an important element of the legal security required for an investment decision.

The advantage for the host State is twofold: by offering arbitration it improves its investment climate and is likely to attract more international investments. In addition, by consenting to ICSID arbitration the host State protects itself against other forms of foreign or international litigation.<sup>11</sup> Also, the host State effectively shields itself against diplomatic protection by the State of the investor's nationality.

Um sumário dessas vantagens nos é introduzido por Reinisch,<sup>159</sup> que enumera quatro vantagens concernentes ao investidor: o acesso direto do investidor frente ao Estado receptor do investimento a um mecanismo de solução de controvérsia; a possibilidade de resolver a controvérsia além do âmbito das cortes domésticas do Estado receptor do investimento; a independência do investidor sobre a disposição do Estado de que é nacional de exercitar a proteção diplomática; a efetividade em executar os prêmios prolatados em sede da arbitragem CIRDI. Além dessas, o autor aponta outras duas relativamente ao Estado receptor do investimento, quais sejam a segurança legal aos investidores ser atrativa aos investimentos e o fato de que o consentimento à arbitragem CIRDI excluiria o

<sup>157</sup> REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. Methods of Dispute Resolution. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p. 704.

<sup>158</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Corse on dispute settlement**. Geneva, 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>159</sup> REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. Methods of Dispute Resolution. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p. 701.

potencial assédio dos Estados que exerceriam a proteção diplomática dos seus investidores.

A própria UNCTAD,<sup>160</sup> em 2012, apontou para os números relativos às controvérsias de investimento levadas a arbitragem e para o fato de que, em sua grande maioria, o sistema CIRDI foi adotado. Esse número alcança atualmente a conta de 450 arbitragens investidor-Estado, sendo que 279 dessas seguem as regras do CIRDI. Na visão de Schreuer,<sup>161</sup> mais significativo que o número de casos é a quantidade de investimentos cobertos pelo sistema. Segundo o autor, são numerosos os acordos de investimento entre um Estado e investidor que contêm cláusulas de consentimento, submentendo os diferendos entre as partes ao centro. Além disso, são centenas os TBI's que oferecem opção à arbitragem segundo as regras do CIRDI, e numerosos os tratados multilaterais e países que oferecem aos investidores estrangeiros a oportunidade de apresentar suas demandas arbitrais conforme esse sistema. Desse modo, uma considerável porção do investimento estrangeiro pelo mundo é protegido pelos mecanismos do CIRDI.

Exemplos de TBI's que preveem a arbitragem conforme o CIRDI são os modelos de TBI francês<sup>162</sup> e coreano.<sup>163</sup> Conforme o art. 8, do modelo de TBI francês, passados seis meses e não tendo chegado a um acordo amigável no que tange à controvérsia, é facultado às partes levarem suas demandas à arbitragem do CIRDI. Todavia, na atualidade, o uso de cláusulas que compreendam a escolha, pelas partes, entre variados mecanismos – dentre os quais o CIRDI – para composição dos litígios relativos ao investimento é mais frequente. Essas cláusulas denominadas de *multi-tiered* estão presentes nos modelos de TBI de países como China,<sup>164</sup> um dos países que mais assina TBI's na atualidade, e Estados Unidos.<sup>165</sup>

Por fim, cabe ressaltar que o CIRDI prevê um mecanismo alternativo de solução de controvérsia em seu regramento, qual seja a conciliação. No entanto,

---

<sup>160</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **IIA Issues Note**. Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, n. 1, 2012. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 1.

<sup>161</sup> SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August; SINCLAIR, Anthony. **The ICSID Convention**: a commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 10.

<sup>162</sup> BROWN, Chester. **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 276.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 413.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 821-822.

apesar do crescimento e sucesso desses métodos alternativos, esses não são ainda mecanismos regulares do direito internacional do investimento.<sup>166</sup>

c) Arbitragem *ad hoc* ou de demais instituições de arbitragem: ainda que predominantemente as arbitragens sobre investimento adotem a forma do CIRDI existem outras formas de arbitragem importantes no direito internacional do investimento.

São variadas as instituições de arbitragem de comercial que conhecem litígios acerca de relações de investimento. Dentre essas instituições, a principal no que tange ao direito do investimento é Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio. A organização dessas instituições é semelhante àquela do CIRDI, no sentido de que somente supervisionam e monitoram os procedimentos arbitrais.<sup>167</sup>

Dentre essas instituições, há que se falar também na Corte Permanente de Arbitragem, instituída sob os auspícios da Convenção de Haia de 1899<sup>168</sup> e cujo objetivo é dar acesso imediato à arbitragem para as diferenças internacionais em que a diplomacia tenha falhado. Hoje a corte funciona basicamente como uma lista de árbitros e uma instituição que administra os procedimentos de arbitragem.<sup>169</sup>

Cabe ressaltar, igualmente, a importância das arbitragens *ad hoc* que, apesar de serem consideradas um retrocesso em comparação com formas mais modernas de solução de controvérsias, como o CIRDI, que reduzem os custos e melhoram a celeridade do procedimento. Por outro lado, a arbitragem *ad hoc* possui a vantagem de oferecer um procedimento mais flexível, moldado conforme a acordo de vontade das partes ou conforme regras já existentes, como é o caso das regras de arbitragem da UNICTRAL<sup>170</sup>.<sup>171</sup> O modelo de TBI da China<sup>172</sup> é um exemplo de

<sup>166</sup> Até o ano de 2005 apenas cinco processos de conciliação foram abertos em sede do regramento do CIRDI. Ver: REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. *Methods of Dispute Resolution*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p. 702.

<sup>167</sup> REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. *Methods of Dispute Resolution*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720. p. 708.

<sup>168</sup> CONFERENCIA Internacional de Paz de Haia. Adotada em 29 de Julho de 1899 em HAIA. [S.I.], 1899. Disponível em: <<https://www.icrc.org/ihl/INTRO/145?OpenDocument>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>169</sup> *Op. cit.*, 2008, p. 708.

<sup>170</sup> UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *UNCITRAL Arbitration Rules* (as revised in 2010). Vienna, 2011. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

<sup>171</sup> *Op. cit.*, 2008, p. 710.

tratado de investimento que adota o procedimento, mais universal, de tribunal arbitral *ad hoc* composto por três membros eleitos pelas partes.

Por fim, é proveitosa a menção a respeito das regras de arbitragem da UNCITRAL que, consoante a UNCTAD,<sup>173</sup> é o segundo procedimento mais utilizado para instituir arbitragens sobre questões relativas a investimento. Outrossim, conforme se aprecia da análise dos modelos de TBI, as regras da UNCITRAL são presentes em um número considerável de TBI's, seja como o procedimento para instituir a arbitragem, seja como uma opção entre demais procedimentos à escolha do investidor.<sup>174</sup>

### 3.2 A Discussão Acerca de Métodos Alternativos à Solução de Controvérsias

If the growing numbers of investor-State arbitrations is a matter of concern that needs to be addressed, one must first understand the causes for the increase. One can identify at least six possible reasons for increased recourse by investors to investor-State arbitration: (1) the growing availability of arbitration as a remedy; (2) the politics of investor-State disputes; (3) the occurrence of major crises; (4) the transformation of the global investment climate; (5) the development of facilitating factors; and perhaps most important of all, (6) the perceived lack of satisfactory dispute resolution alternatives to international arbitration for the settlement of investor-State disputes.<sup>175</sup>

#### 3.2.1 Os Métodos Alternativos

O conceito de métodos alternativos de solução de controvérsias é dado pela UNCTAD<sup>176</sup>, como sendo aqueles mecanismos outros que não envolvam decisões

---

<sup>172</sup> BROWN, Chester. **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 171.

<sup>173</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **IIA Issues Note**. Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, n. 1, 2012. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 1.

<sup>174</sup> Países como China, França, Alemanha, Coréia, Japão e Estados Unidos adotam ou já assinaram pelo menos um TBI acordando em instituir arbitragens sob auspícios das regras da UNCITRAL. Ver: BROWN, Chester. **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 171; 281; 316; 380; 417; 822.

<sup>175</sup> SALACUSE, Jeswald W. Is There a Better Way? Alternative methods of Treaty-Based, Investor-State dispute resolution. **Fordham International Law Journal**, v. 31, issue 1, article 6, p. 138-185, 2007. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2085&context=ilj>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p. 147.

<sup>176</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration**. New York and Geneva, 2010. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 12.

vinculativas pelos primários, nem adjudicações por meio da arbitragem de investimentos ou das cortes nacionais. Assim, métodos alternativos de solução de controvérsias é conceito que designa os vários mecanismos em que um terceiro intervém, com ou sem um convite expresso, para auxiliar na solução da controvérsia. Esse termo, ganhou circulação nos Estados Unidos em meados de 1970 quando suas cortes e juristas, preocupados com a crescente carga de casos judiciais e com a questionável adequação do processo judicial vigente na resolução de certos tipos de controvérsias. Os entusiastas sustentavam que esses métodos eram mais vantajosos em virtude de serem mais rápidos, menos custosos e mais eficientes na preservação e reconstrução da relação entre as partes.<sup>177</sup> Contemporaneamente, os métodos alternativos de solução de controvérsia evoluíram ao ponto de englobar inclusive aqueles mecanismos cujo intuito é a prevenção de controvérsias.

Tipicamente, os métodos alternativos são (a) a negociação direta, a conciliação e a mediação. Hoje, contudo, o direito do investimento evoluiu, apresentando alternativas como: (b) os comitês de resolução de conflitos e o Ombudsman; (c) o *fact finding* e a *early evaluation*; e (d) os *disputes systems design*.

(a) Mecanismos de negociação direta e facilitada: a negociação direta nada mais é do que o contato pessoal e imediato entre as partes em litígio, de modo a compartilhar propostas e interesses.<sup>178</sup> Esse método é previsto em praticamente todos os TBI's e acordos de investimento sob diferentes formas, prevendo um período mínimo de negociações, vale dizer, incentivando que a controvérsia seja regrada de forma amigável. Um exemplo desse tipo de previsão é encontrado no modelo de TBI coreano<sup>179</sup>, como se observa:

Article 8: Settlement of Investment Disputes between a Contracting Party and an Investor of the Other Contracting Party  
Any dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party including expropriation or nationalization of investments shall, as far as possible be settled by the parties to the dispute in an amicable way.

<sup>177</sup> SALACUSE, Jeswald W. Is There a Better Way? Alternative methods of Treaty-Based, Investor-State dispute resolution. **Fordham International Law Journal**, v. 31, issue 1, article 6, p. 138-185, 2007. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2085&context=ilj>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p. 156.

<sup>178</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration**. New York and Geneva, 2010. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf). Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 14.

<sup>179</sup> BROWN, Chester. **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 413.

Por sua vez, a mediação e a conciliação são consideradas mecanismos de negociação facilitada, já que ambos envolvem a assistência de terceiros, cuja função é encorajar as partes a solucionar a controvérsia de forma amigável. Em ambos os mecanismos os terceiros possuem limites de intervenção previamente estipulados pelas partes.<sup>180</sup>

A conciliação é, geralmente, vista como uma arbitragem não vinculante, já que costumam terminar sob a forma de recomendações escritas ou acordos não vinculantes entre as partes. Nela, o terceiro não é necessariamente neutro e pode assumir diferentes níveis de autoridade, sempre mantendo um certo controle sobre o procedimento. Embora existam diferenças entre as conciliações, esse procedimento é caracterizado pela tentativa de se formular uma interação produtiva entre as partes e aprimorar o diálogo enquanto se aborda os aspectos substantivos da controvérsia por meio de conselhos. Em geral, as conciliações seguem procedimentos bastante formais e estruturados com o claro objetivo de obter resultados e soluções concretas para os casos.<sup>181</sup> Um exemplo de mecanismo de conciliação é aquela estruturada sob os auspícios do CIRDI<sup>182</sup>.

A mediação, diferentemente, é um processo de maior flexibilidade, a pedido das partes e sujeito a termos e condições especificadas, o terceiro, mediador, intervém na controvérsia a fim de encontrar uma solução viável ao caso. Os mediadores procuram manter uma relação construtiva entre investidor e Estado receptor. Para atingir esse propósito, costumam ir além das questões do litígio em si e adentrar na natureza do processo de negociação, focando em identificar interesses, reformular posicionamentos e examinar um espectro de soluções possíveis para encaminhar as partes ao acordo.<sup>183</sup>

<sup>180</sup> LUIS, Daniel Tavela. **Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado pela Faculdade de Direito) – Universidade de São Paulo, 2013. p. 124-125.

<sup>181</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration**. New York and Geneva, 2010. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 13.

<sup>182</sup> CONVENÇÃO para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados: adotada em 18 de Março de 1965 em Washington. [S.l.], 1965. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/50/decreto15.asp#ptg>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. Art. 1.

<sup>183</sup> HARVARD Law Review. Mediation of Investor-State conflicts. **Harvard Law Review**, v. 127, p. 2543-2564, 2014. Disponível em: [http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/06/vol127\\_mediation\\_of\\_investor\\_state\\_conflicts.pdf](http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/06/vol127_mediation_of_investor_state_conflicts.pdf). Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p. 2549.

No restante do mundo – e hodiernamente começamos a perceber essa tendência, também, no Brasil<sup>184</sup> – a mediação cresce como mecanismo de solução de controvérsia. Esse crescimento se percebe tanto internamente nos Estados, pela promulgação de leis incentivando ou mesmo exigindo a mediação em alguns casos, quanto no âmbito internacional, nas controvérsias comerciais em que a mediação já superou em popularidade inclusive a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias.<sup>185</sup>

Kalicki<sup>186</sup>, indica as razões por trás do crescimento da mediação e suas possíveis vantagens para o regime dos investimentos: economia de tempo e custos, privacidade e confidencialidade, restauração das relações empresariais, poder decisório. A autora sustenta uma maior celeridade da mediação em relação à arbitragem, como vai se depreender da leitura:

In principle, investor-State mediation has the potential to save time and costs, because selection of only one mediator is required, less time is required to educate the mediator on the parties' basic positions for purposes of exploring amicable resolution than for fully arbitrating a dispute, and settlements obviate the need for a (lengthy) written decision

[...]

Parties who consider settlement to be extremely unlikely may see little advantage, therefore, in trying mediation first, except insofar as it may enable them to learn (and become more realistic) about the strengths and weaknesses of their respective positions, for purposes of a later arbitration.

Ainda, contrastando os mecanismos da arbitragem e da mediação no campo do investimento internacional, a autora conclui:

While not begrudging in any way the advantages of arbitration for disputes that simply cannot be resolved by other means, the time may be right to revisit the possibilities of investor-State mediation in appropriate cases, as either an alternative or a precursor to eventual

<sup>184</sup> O art. 1, § 3º, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro dispõe que a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos devem ser estimulados pelos juízes domésticos. Fonte: BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Estabelece o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de março de 2015.

<sup>185</sup> HARVARD Law Review. Mediation of Investor-State conflicts. **Harvard Law Review**, v. 127, p. 2543-2564, 2014. Disponível em: [http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/06/vol127\\_mediation\\_of\\_investor\\_state\\_conflicts.pdf](http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/06/vol127_mediation_of_investor_state_conflicts.pdf). Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p. 2551.

<sup>186</sup> KALICKI, Jean E.; CHOI, Jean C. **Mediation of Investor-State Disputes: revisiting the prospects**. Kluwer Arbitration Blog, june 2013. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2013/06/14/mediation-of-investor-state-disputes-revisiting-the-prospects/>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

arbitration. One way to move forward in this area would be for neutral observers to begin to collect examples of “best practices” that have facilitated settlement even after commencement of arbitration, from which providers of mediation services can learn.

b) Comitês de Resolução de Conflitos e Ombudsman: esses mecanismos de solução de controvérsias importam a criação de comitês ou pontos focais, criados logo que estabelecida a relação entre as partes, e baseados na premissa de relações de longa duração.<sup>187</sup>

Os comitês são compostos por um grupo de *experts* e obedecem a procedimentos privados, voluntários e confidenciais. Frequentemente utilizados em relações contratuais, sua função é tratar com prontidão e agilidade das controvérsias decorrentes das relações entre as partes. As determinações do grupo de *experts* para solução das controvérsias podem ter caráter vinculante, consultivo ou misto.<sup>188</sup>

O ombudsman pode ser um oficial ou instituição com mandato para permanecer imparcial no exercício da função de receber reivindicações ou questionamentos e para trabalhar na construção da solução de controvérsias entre os investidores e Estado que estejam em seu estágio inicial. Para tanto, o ombudsman pode se valer de diferentes ferramentas, quais sejam: mediar a controvérsia diretamente com as partes; conduzir investigações para o propósito de fazer recomendações de políticas recomendadas; direcionar os acionários aos devidos processos de solução de controvérsia.<sup>189</sup>

A experiência coreana é muito interessante nesse tocante. Em 1999, por meio do Ato de Promoção ao Investimento Estrangeiro, a Coreia introduziu o sistema Ombudsman. A intenção era melhorar o clima para os investidores estrangeiros e promover a solução de queixas desses investidores operando na Coreia.<sup>190</sup> A organização desse mecanismo está disposta no art. 15-2 do Ato de Promoção ao Investimento Estrangeiro:

<sup>187</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration**. New York and Geneva, 2010. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 14.

<sup>188</sup> LUIS, Daniel Tavela. **Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado pela Faculdade de Direito) – Universidade de São Paulo, 2013. p. 129.

<sup>189</sup> *Op. cit.*, 2010, p. 20.

<sup>190</sup> OFFICE OF THE FOREIGN INVESTMENT OMBUDSMAN. **Overview & Mission**. Seoul, 2015. Disponível em: <<http://www.i-ombudsman.or.kr/eng/au/index.jsp?num=3>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.



Article 15-2 (Ombudsman for Foreign Investment) (1) For the purpose of supporting the settlement affairs of difficulties of foreign-capital invested companies, the ombudsmen for foreign investment may be commissioned from among those persons who have much knowledge and experience on the foreign investment business. (2) The ombudsmen for foreign investment under paragraph (1) of this Article shall be commissioned by the President on the recommendation of the Minister of Commerce, Industry and Energy, after the deliberation of the foreign investment commission under Article 27.

O foco aqui é o controle e aprimoramento, contínuo e efetivo das relações de investimento, a fim de garantir a promoção e facilitação do investimento. O objetivo último, portanto, é a prevenção e solução amigável das controvérsias. Nesse sentido, segundo a OCDE<sup>191</sup>, o Ombudsman coreano:

(...) Focuses on post-investment services for foreign investors and provides on-site consultation in areas covering finance, taxation, accounting, intellectual property rights, construction and labour (...) resolves grievances reported by foreign investors not only directly by sending experts who are licensed and experienced to business sites but also by taking pre-emptive measures to prevent future grievances by encouraging systemic improvements and legal amendments

Vale observar que o relatório da OCDE aponta para o fato de que noventa por cento das queixas apresentadas ao Ombudsman coreano são resolvidas sem necessidade de litígio e que o órgão serviu também para o aprimoramento da formulação de políticas pelo governo.

c) *Fact finding* e *early evaluation*: os procedimentos de *fact finding* e *early evaluation* são muito semelhantes. Ambos são mecanismo de prevenção de controvérsias privados, não vinculantes e confidenciais em que as partes submetem informações factuais específicas a um *expert*, ou conjunto de *experts*, para avaliação neutra desses fatos controversos e do direito aplicável. As vantagens relativas a esses sistemas é a possibilidade de evitar as controvérsias permitindo essa análise preliminar e a facilitação da negociação de acordos entre as partes. Vale destacar aqui, que se encontra o mecanismo de *fact finding* nas regras concernentes ao mecanismo adicional do CIRDI.<sup>192</sup>

<sup>191</sup> NICOLAS, Françoise; THOMSEN, Stephen; BANG, Mi-Hyun. Lessons from investment policy reform in Korea. **OECD Working Papers on International Investment**, 2013/02, OECD Publishing. disponível em: <[http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2013\\_2.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2013_2.pdf)>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p. 24.

<sup>192</sup> LUIS, Daniel Tavela. **Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas**

d) *Disputes systems designs*: esse mecanismo envolve a criação sistemática e intencional de um processo de solução de controvérsias efetivo, eficiente e justo baseado nas necessidades únicas de um sistema particular.<sup>193</sup> A UNCTAD<sup>194</sup> indica, ainda, cinco formas pelas quais se realiza o projeto desse sistema de solução de controvérsias:

(a) analysing the parties' patterns of disputing to diagnose the current system, (b) designing methods to manage conflict more effectively with practical principles, (c) approving and implementing the design architecture, and (d) testing and evaluating the new design to make appropriate revisions prior to disseminating the process to the rest of the system.

O conceito por trás desse mecanismo é o desenvolvimento, por meio de um processo gradual e sistemático, de um sistema de solução de controvérsias sob medida. Ao mesmo tempo, é possível entender que, quanto maior a especificidade do âmbito que se deseja alcançar, maior a eficiência do sistema e mais precisos os mecanismos desenvolvidos.

### 3.2.2 A Opção Brasileira nos Novos ACFI's

No decorrer do último ano o Brasil assinou seis ACFI's com demais países em desenvolvimento – Angola, México, Malawi, Colômbia, Moçambique e Chile. Essa recente política brasileira pode ser interpretada como contraditória ou pragmática<sup>195</sup> à luz dos TBI's assinados pelo país no passado e que não chegaram a ser ratificados. A política nacional nunca acompanhou as tendências do direito do investimento no tocante aos TBI's ou aos demais mecanismo internacionais de proteção do investidor e, mesmo assim, sempre apresentou índices de crescimento e de investimento estrangeiro direto acentuados. Uma das principais razões por trás da aversão brasileira aos instrumentos internacionais de proteção do investimento sempre esteve relacionada ao caráter imperialista e à bipolaridade entre os países

---

**alternativas.** 2013. 189 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado pela Faculdade de Direito) – Universidade de São Paulo, 2013. p. 128.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>194</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration.** New York and Geneva, 2010. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 17.

<sup>195</sup> MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. **Revista de Direito Internacional.** Brazilian Journal of International Law. v. 12, n. 2, p. 16-151, 2014. p.66.

desenvolvidos e em desenvolvimento. Historicamente, o Brasil defende uma posição forte a respeito da soberania dos Estados o que entra em choque com alguns *standards* de proteção encontrados nesses instrumentos. Os novos acordos brasileiros, contudo, foram assinados a partir de uma abordagem inserida em um contexto consideravelmente diferente daquele do passado e elaborados levando em consideração as especificidades de uma economia em desenvolvimento: um país historicamente receptor de investimentos, um exportador tardio de capital e a atual combinação de ambos.<sup>196</sup> Essa nova realidade brasileira – reflexo de todo um contexto mundial de valorização e intensificação das relações “Sul-Sul”, bem como do crescimento econômico das economias em desenvolvimento –, fez com que os novos ACFI’s tomassem um rumo completamente diferente daqueles 14 TBI’s assinados pelo Brasil em meados dos anos 1990.

Os antigos modelos de TBI’s brasileiros, inseridos ainda no paradigma “Norte-Sul”, apresentavam uma linha muito tradicional no que tange aos seus mecanismos de solução de controvérsias. Esses TBI’s prescreviam os mecanismos de solução de controvérsias entre os Estados parte e entre Investidor-Estado sob os mesmos moldes dos modelos americanos. Conforme a inteligência do tratado entre Brasil e Chile<sup>197</sup>, em seu art. 8, o acordo determinava uma cláusula de arbitragem *multi-tiered*, promovendo o acesso alternativamente aos mecanismos do CIRDÍ ou da arbitragem *ad hoc* conforme as regras da UNCITRAL:

ARTIGO VIII - Solução de Controvérsias entre o Estado Receptor do Investimento e o Investidor

1. As divergências e as controvérsias surgidas no âmbito deste Acordo entre uma das Partes Contratantes e investidor da outra Parte Contratante serão, na medida do possível, solucionadas por meio de consultas amistosas entre ambos.
2. Se o conflito não puder ser resolvido de forma amigável em um prazo de seis meses, contado a partir do início de tais consultas, poderá ser submetido, à eleição do investidor:

<sup>196</sup> MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. The brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments (ACFI): a new formula for international investment agreements? **Investment Treaty News**, Geneva, 4 de Agosto de 2015. Disponível em: < [http://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/?utm\\_source=lists.iisd.ca&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Investment+Treaty+News.+Issue+3.+Volume+6.+August+2015](http://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/?utm_source=lists.iisd.ca&utm_medium=email&utm_campaign=Investment+Treaty+News.+Issue+3.+Volume+6.+August+2015)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>197</sup> ACORDO entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a promoção e proteção recíproca de investimentos. Ministro do Estado e das Relações Exteriores, Brasília. Disponível em: <[http://www.sice.oas.org/BITS/Chibra\\_p.asp](http://www.sice.oas.org/BITS/Chibra_p.asp)>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

i) aos tribunais competentes da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento; ou

ii) à arbitragem internacional, nas condições descritas no parágrafo 4 deste artigo.

3. A opção por uma destas duas vias será definitiva e irreversível.

4. No caso de opção pelo recurso à arbitragem internacional, a controvérsia poderá ser submetida a um dos seguintes órgãos de arbitragem, à eleição do investidor:

i) ao "Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos" (CIADI), estabelecido pela "Convenção de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados", aberta assinatura em Washington, em 18 de março de 1965, quando as Partes Contratantes a ela tenham aderido. Até que se cumpra essa condição, cada Parte Contratante dá seu consentimento para que a controvérsia seja submetida arbitragem segundo o Mecanismo Complementar do CIADI;

ii) a um Tribunal de Arbitragem *ad hoc*, estabelecido de conformidade com as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), adotadas pela Resolução 31/98 da Assembléia-Geral de 15 de dezembro de 1976. O Tribunal de Arbitragem será composto por três árbitros um designado pela Parte Contratante em cujo território se efetuou o investimento, um designado pela outra Parte no procedimento e um terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal, designado pelos dois árbitros assim selecionados. Se o terceiro árbitro não for designado em prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da designação dos dois outros árbitros, sua designação será atribuída ao Presidente do Tribunal de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio em Paris.

5. O Tribunal Arbitral decidirá com base nas disposições deste Acordo, no direito da Parte Contratante em cujo território se efetuou o investimento incluídas normas relativas a conflitos de leis e nos termos de eventuais acordos particulares que digam respeito ao investimento, bem como nos princípios do Direito Internacional na matéria.

6. As sentenças arbitrais serão definitivas e obrigatórias para as Partes em litígio e serão executadas de conformidade com o Direito nacional.

7. As Partes Contratantes se absterão de tratar, por meio de canais diplomáticos, de questões relativas a controvérsias submetidas a processo judicial ou à arbitragem internacional, até que os procedimentos correspondentes estejam concluídos, salvo no caso em que uma das Partes na controvérsia não tenha dado cumprimento à sentença judicial ou ao laudo do Tribunal Arbitral, nos termos estabelecidos na respectiva sentença ou laudo.

Wei Dan<sup>198</sup> acessa bem a natureza desses TBI's, que ,segundo ela, seriam subprodutos da influência neoliberal que favorecia os países desenvolvidos, uma vez que os mesmos não impõem obrigações e deveres para os países exportadores de investimento e dão ênfase apenas aos direitos concedidos aos investidores

<sup>198</sup> DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos. Práticas do Brasil e da China. **Nação e Defesa**, n. 125, 4. série, p. 157-191, Primavera 2010. p. 169-172.

estrangeiros. Dentre as razões brasileiras para não assinatura desses tratados, estão, precisamente, a previsão do consentimento prévio à arbitragem, que não é compatível com a ordem jurídica nacional, e o fato de que o acesso à arbitragem era restrito aos investidores estrangeiros, resultando em uma vantagem ao investidor estrangeiro e se contrapondo ao princípio constitucional que prevê a igualdade entre investidores nacionais e estrangeiros.

Em comparação, os novos ACFI's possuem uma abordagem completamente diversa. A maior distinção entre os acordos fica à conta do abandono dos mecanismos tradicionais de arbitragem entre investidor e Estado e a adoção de um modelo diferenciado de cooperação entre os Estados parte como forma de prevenção de litígios. Acompanhando as novas tendências internacionais e influenciado pelo esforço de instituições multinacionais e as experiências de outros países, o foco desses acordos é justamente a facilitação do investimento e a mitigação dos riscos envolvidos nessa atividade. Desse mesmo modo, esses acordos incluem regras típicas de proteção dos investimentos e um mecanismo alternativo de solução de controvérsias bastante diferenciado. As premissas desse mecanismo de solução de controvérsia são a de prevenção de litígios e solução amigável, por meio da troca de informações, diálogo e transparência.<sup>199</sup> O mecanismo se vale de instrumentos da diplomacia e cooperação para implementar, supervisionar e implementar as obrigações das partes.<sup>200</sup> O método de solução de controvérsias desses ACFI's é fortemente influenciado do Ombudsman coreano e se estrutura a partir de dois órgãos, um comitê conjunto e os pontos focais, compreendidos nos arts. 4º e 5º, como se depreende da leitura do ACFI entre Brasil e Angola<sup>201</sup>:

<sup>199</sup> BRAUNCH, Martin Dietrich. The Brazil-Mozambique and Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs): a descriptive overview. **Investment Treaty News**, issue 2, v. 6, p. 1-32, may 2015. Disponível em: <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-en.pdf>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015. p. 14.

<sup>200</sup> MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. The brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments (ACFI): a new formula for international investment agreements? **Investment Treaty News**, Geneva, 4 de Agosto de 2015. Disponível em: <[http://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/?utm\\_source=lists.iisd.ca&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Investment+Treaty+News.+Issue+3.+Volume+6.+August+2015](http://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/?utm_source=lists.iisd.ca&utm_medium=email&utm_campaign=Investment+Treaty+News.+Issue+3.+Volume+6.+August+2015)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

<sup>201</sup> ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) entre Brasil e Angola. Ministro das Relações Exteriores, Luanda. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280](http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280)>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

#### Artigo 4

##### Comitê Conjunto

1. Para fins do presente Acordo, as Partes estabelecem um Comitê doravante designado "Comitê Conjunto".
2. Este Comitê Conjunto será composto por representantes governamentais de ambas as Partes designados pelos respectivos governos.
3. O Comitê Conjunto reunir-se-á nas datas e locais que as Partes acordarem, com presidências alternadas entre as Partes, devendo ser realizada pelo menos uma reunião ao ano.
4. O Comitê Conjunto terá as seguintes atribuições e competências:
  - i. Monitorar e discutir a implementação e operacionalização do presente Acordo;
  - ii. Debater e compartilhar oportunidades para expansão dos investimentos recíprocos;
  - iii. Coordenar a implementação das agendas de cooperação e facilitação mutuamente acordadas;
  - iv. Solicitar e acolher a participação do setor privado e da sociedade civil, quando for o caso, em questões pontuais relacionadas com os trabalhos do Comitê Conjunto;
  - v. Buscar consensos e resolver amigavelmente quaisquer questões ou conflitos sobre os investimentos das Partes; e
  - vi. Definir ou elaborar um mecanismo padrão para a solução de controvérsias por via arbitral entre Estados.
5. As Partes poderão estabelecer grupos de trabalho ad hoc, que se reunirão conjuntamente ou separadamente do Comitê Conjunto.
6. O setor privado poderá ser convidado a integrar os grupos de trabalho ad hoc, quando assim permitido pelo Comitê Conjunto.
7. Representantes de entidades não governamentais poderão ser convidados pelo Comitê Conjunto para apresentar estudos relacionados a questões de interesse das Partes.
8. O Comitê Conjunto elaborará regulamento próprio que verse sobre os procedimentos para o seu funcionamento.

#### Artigo 5

##### Pontos Focais ("Ombudsmen")

1. As Partes estabelecerão Pontos Focais ("Ombudsmen") os quais terão como função principal dar apoio governamental aos investimentos da outra Parte realizados em seu país.
2. No caso da República Federativa do Brasil, o Ombudsman será estabelecido na Câmara de Comércio Exterior – CAMEX.
3. No caso da República de Angola, o Ponto Focal será estabelecido na Secretaria de Estado para a Cooperação do Ministério das Relações Exteriores.
4. O Ponto Focal terá, entre outras, as seguintes atribuições:
  - i. Envidar esforços para atender às recomendações do Comitê Conjunto e interagir com o Ponto Focal da outra Parte, observando os termos deste Acordo;
  - ii. Interagir com as autoridades governamentais competentes para avaliar e recomendar, quando adequado, o devido tratamento para as sugestões e reclamações recebidas dos governos e investidores da outra Parte, informando ao governo, ou investidor interessado, o resultado das ações realizadas;

- iii. Atuar diretamente para prevenir disputas e facilitar a sua resolução em articulação com as autoridades governamentais competentes e em colaboração com entidades privadas pertinentes;
  - iv. Prestar informações tempestivas e úteis às Partes sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos acordados;
  - v. Relatar ao Comitê Conjunto as suas atividades e ações.
5. Cada Parte elaborará os termos de referência para orientar o funcionamento geral dos Pontos Focais, prevendo expressamente, e quando for possível, prazos para a execução de cada uma das suas atribuições e competências.
6. Cada Parte designará, como seu Ponto Focal, apenas um órgão ou autoridade, com competência para monitorar a implementação deste Acordo, o qual terá seus contatos oficiais disponíveis e deverá responder com celeridade e atenção às comunicações e solicitações da outra Parte.
7. As Partes deverão prover os meios e os recursos para o Ponto Focal desempenhar as suas funções, bem como garantir o seu acesso institucional aos demais órgãos governamentais que respondam pelos temas regulados neste Acordo.

Além desses mecanismos os ACFI's comportam também uma cláusula para solução de controvérsias pela via arbitral entre os Estados parte. Essa cláusula é semelhante àquela existente nos modelos já consolidados de TBI, mas diferentemente desses exige que antes de ser iniciado o procedimento arbitral sejam levadas quaisquer disputas entre as Partes à análise por meio de consultas e negociações pelo Comitê Conjunto. A disposição a respeito do processamento das questões levadas ao Comitê Conjunto e da arbitragem entre Estados é feita de acordo com a intelecção:

#### Artigo 15

##### Prevenção e Resolução de disputas

1. Os Pontos Focais atuarão articuladamente entre si e com o Comitê Conjunto de forma a prevenir, gerir e alcançar entendimentos com vistas a atingir os objetivos do presente Acordo e resolver eventuais disputas entre as Partes.
2. Antes de iniciar eventual procedimento arbitral, qualquer disputa entre as Partes sobre a interpretação ou aplicação do presente Acordo deverá ser avaliada por meio de consultas e negociações, e examinada, preliminarmente, pelo Comitê Conjunto.
3. Uma Parte poderá submeter uma questão específica de interesse de um investidor ao Comitê Conjunto:
  - i. para iniciar o procedimento, a Parte do investidor interessado apresentará, por escrito, a sua solicitação ao Comitê Conjunto, especificando o nome do investidor interessado e os desafios ou dificuldades enfrentadas;
  - ii. o Comitê Conjunto terá o prazo de 60 dias, prorrogáveis de comum acordo, por mais 60 dias, mediante justificativa, para apresentar informações pertinentes do caso apresentado;

- iii. com objetivo de facilitar a busca de solução entre as Partes envolvidas, sempre que possível, deverão participar total ou parcialmente da reunião bilateral:
  - a) representantes do investidor interessado;
  - b) representantes das entidades governamentais ou não governamentais envolvidos na medida ou situação objeto de consulta.
- iv. o procedimento de diálogo e consulta bilateral encerra-se por iniciativa de qualquer das Partes envolvidas mediante a apresentação de informe resumido na reunião do Comitê Conjunto subsequente com:
  - a) a identificação da Parte;
  - b) a identificação dos investidores interessados;
  - c) descrição da medida objeto da consulta; e
  - d) a posição das Partes a respeito da medida.
- 4. O Comitê Conjunto deverá, sempre que possível, convocar reuniões extraordinárias para avaliar as questões submetidas.
- 5. Toda a documentação e as providências relativas ao mecanismo estabelecido neste artigo, assim como as reuniões do Comitê Conjunto, terão caráter reservado, exceto os informes apresentados.
- 6. Caso não seja possível solucionar uma disputa surgida nos termos do parágrafo 2 deste artigo por recomendação do Comitê Conjunto, as Partes poderão recorrer a mecanismos de arbitragem entre Estados para solucionarem a referida disputa.

O Comitê Conjunto é, portanto, o órgão responsável por monitorar e implementar o ACFI, suas funções vão desde explorar e promover oportunidades de expandir os investimentos, estabelecer e implementar uma agenda de promoção e facilitação dos investimentos, até estabelecer grupos de trabalho dos quais o setor privado pode tomar parte. Em ambos os ACFI's assinados com Angola e Moçambique foram incluídos, na forma de um Anexo I, uma agenda de tópicos a serem abordados pelos seus respectivos Comitês Conjuntos. Por sua vez, os Pontos Focais estabelecidos nos acordos atuam na conexão entre investidores e o Estado receptor do investimento, eles interagem com outros órgãos estatais para enfrentar as questões levantadas pelos investidores. Nesse diapasão, os Pontos Focais fornecem informações e comunicam informações e feedback recebidos de investidores. Outra característica interessante desses órgãos está ligada ao fato de que eles interagem entre eles afim de compartilhar e proporcionar informações pertinentes para sua contraparte.<sup>202</sup>

<sup>202</sup> HAMILTON, Jonathan C.; GRANDO, Michelle. Brazil and the Future of Investment Protections. Latin Arbitration Law. Disponível em: < <http://www.latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.



Fica explícito, assim, a opção do Brasil pela adoção de um mecanismo alternativo de solução de controvérsias que incentiva e promove a prevenção e solução de controvérsias de forma amigável. Nesse sentido, o modelo brasileiro vai de encontro às recomendações da UNCTAD<sup>203</sup> ao adotar um sistema alternativo de solução de controvérsias que privilegia a prevenção de litígios e limita o acesso à arbitragem, exigindo o esgotamento dos remédios disponíveis.

---

<sup>203</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **IIA Issues Note**. Reform of Investor-State Dispute Settlement: in search of a roadmap, n. 2, 2013. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf)>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015. p. 7.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se no cenário do direito internacional do investimento uma predominância de TBI's, como se depreende do elevado número desses acordos que foram assinados nas últimas décadas e de todo desenvolvimento histórico da sua negociação e criação. A UNCTAD<sup>204</sup> faz referência a mais de 2.760 (dois mil setecentos e sessenta) desses acordos assinados até o ano de 2009 e autores como Montt<sup>205</sup>, apontam para o fato de que esses tratados fazem parte de um esquema de governança global em matéria de investimento, transcendendo, inclusive, à democracia e à soberania.

Esses acordos perceberam tamanha popularidade e difusão que, hodiernamente, são nítidos os impactos que causaram e a maneira com que reformularam os procedimentos e os princípios de direito internacional em respeito a sua matéria.<sup>206</sup> Pode ser citado como exemplo da repercussão que a rede de TBI's teve em toda a estrutura do direito internacional, primeiramente, a construção e disseminação de mecanismos de solução de controvérsias que pudessem lidar com questões envolvendo investidores e Estados sem a necessidade do exercício da proteção diplomática. Em segundo lugar, também pode ser lembrada a consolidação de *standards* de proteção aplicados e reproduzidos em todo o globo. Com efeito, observamos o contínuo desenvolvimento dessa rede de TBI's que começa a penetrar e deixar suas marcas, até mesmo, no direito internacional costumeiro.

Ora inseridos na Geração TBI, observamos sua flexibilidade e o desenvolvimento de sua marcha, que toma rumos diferentes a cada despertar de uma nova realidade. Vale dizer que a rede de TBI's não é um fenômeno estático, mas que se adapta às mudanças no clima do investimento internacional e em conformidade com a atuação dos atores nela envolvidos. Nesse sentido, o recente movimento no cenário global, de intensificação das relações "Sul-Sul", e os novos papéis dos países em desenvolvimento como importantes exportadores de capital –

<sup>204</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **World Investment Report**. Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge. New York and Geneva, 2008. Disponível em: < [http://unctad.org/en/docs/wir2008\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 17.

<sup>205</sup> MONTT, Santiago. **State Liability in Investment Treaty Arbitration**: global constitutional and administrative law in the BIT generation. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2012. p.125.

<sup>206</sup> SCHWEBEL, Judge Stephen M. **In Defence of Bilateral Investment Treaties**. Keynote Address of the ICCA Congress MIAMI, 2014. p. 1-11. Disponível em: <[http://www.arbitration-icca.org/media/2/14169776244680/schwebel\\_in\\_defence\\_of\\_bits.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/2/14169776244680/schwebel_in_defence_of_bits.pdf)>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015. p. 5.

participando intensamente da assinatura de novos TBI's e acordos de investimento – , importaram em uma reformulação dessa rede e a revisão de alguns de seus paradigmas.

Nesta medida, dentre esses paradigmas, a solução de controvérsias sobre investimento gera intenso debate na comunidade internacional. Isso porque, nos últimos anos o mundo viu o crescimento exponencial de novos casos de arbitragem entre investidor-Estado e, concomitantemente, importantes questionamentos em relação a sua eficácia. Dentre os problemas vislumbrados, os elevados custos de soberania, os riscos e a impossibilidade de rediscutir as decisões são os principais fatores que se sobressaem. Ademais, esses riscos e custos podem se tornar excessivamente elevados quando encarados pela perspectiva de países em desenvolvimento.

Esses problemas deram azo à busca por métodos alternativos de solução de controvérsia que pudessem, ao mesmo tempo, garantir um clima de segurança aos investidores e, reduzindo os riscos, incentivar o investimento. Os mecanismos propostos são variados e de diferentes naturezas, seja promovendo a negociação amigável ou a negociação facilitada, seja prevenindo os litígios por meio do diálogo e maior interação entre as partes. Embora esses mecanismos recebam muitas críticas da comunidade internacional por não garantirem segurança suficiente aos investidores e por não serem vinculantes, Schreuer<sup>207</sup>, por exemplo, vai apontar para o importante fato de que:

the mere availability of a mechanism for the orderly settlement of disputes is likely to improve a country's investment climate and to have a moderating influence on the parties' conduct.

É consoante a esse entendimento que o Brasil, assumindo seu papel de economia emergente e de importante protagonista nas transformações vivenciadas na Geração TBI, promoveu com a assinatura de seis novos ACFI's, um novo modelo de solução de controvérsias. Esses ACFI's são recebidos já sob uma ótica "Sul-Sul", em que as dicotomias entre os Estados receptores e exportadores de investimento não são tão aparentes e seus principais objetivos são a facilitação, promoção e cooperação em matéria de investimento. Nessa perspectiva, o ACFI brasileiro não

---

<sup>207</sup> SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August; SINCLAIR, Anthony. The ICSID Convention: a commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 11.

seguiu a linha tradicional do instituto da arbitragem entre investidor e Estado, mas propôs um mecanismo alternativo com influências da experiência bem sucedida de demais países e de orientações da UNCTAD. Esse mecanismo, estruturado nos ACFI's, vai ao encontro dos objetivos estabelecidos por estes e à discussão em âmbito internacional sobre a possibilidade de mecanismos alternativos para a solução de controvérsias de investimento.<sup>208</sup>

Enfim, apesar de alguns países possuírem experiências positivas com mecanismos similares ao do ACFI brasileiro – como, por exemplo, o Ombudsman coreano – a opção brasileira carece de experiência empírica para se medir a real efetividade do mecanismo de solução de controvérsias. No entanto, já é possível se falar em uma contribuição brasileira para o regime internacional de solução de controvérsias de investimento e essa não se limita ao debate crítico a respeito do mecanismo dos ACFIs. Em verdade, o diferencial deste instituto diz respeito ao fato de que essa alternativa é alinhada aos novos paradigmas do cenário internacional e se estrutura, não sob uma ótica da proteção unilateral dos investidores, como eram os TBI's de outrora, mas com um viés para as novas relações de cooperação entre as partes e de facilitação dos interesses comuns. Esse é o caminho para o equilíbrio sustentável nas relações entre os Estados e entre Estados e investidores.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> HAMILTON, Jonathan C.; GRANDO, Michelle. Brazil and the Future of Investment Protections. Latin Arbitration Law. Disponível em: < <http://www.latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

<sup>209</sup> ODUMOSU-AYANU, Ibironke T. South-South Investment Treaties, Transnational Capital and African Peoples. **African Journal of International and Comparative Law**, Edinburgh, v. 21, n. 2, p. 172-201, June 2013. Disponível em: <http://www.eupublishing.com/doi/abs/10.3366/ajicl.2013.0058>. Acesso em: 22 de jun. 2015. p. 198-201.

## REFERÊNCIAS

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) entre Brasil e Angola. Ministro das Relações Exteriores, Luanda. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280](http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280)>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

ACORDO entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a promoção e proteção recíproca de investimentos. Ministro do Estado e das Relações Exteriores, Brasília. Disponível em: <[http://www.sice.oas.org/BITS/Chibra\\_p.asp](http://www.sice.oas.org/BITS/Chibra_p.asp)>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment**. [Hague]: Hague Academy of International Law, 2011.

\_\_\_\_\_; KHAMSI, Kathryn. The argentine crisis and foreign investors. A glimpse into the heart of the investment regime. In: SAUVANT, Karl P. (ed.). **The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009**. New York: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_065328.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_065328.pdf)>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

ALVES, Diogo Henrique Tomaz Afonso. Investimentos, arbitragem internacional e o Brasil. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, v. 7, n. 2, p. 87-102, jul./dez/ 2010. Disponível em: <[file:///Users/Rafa/Downloads/992-6617-1-PB%20\(1\).pdf](file:///Users/Rafa/Downloads/992-6617-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Investment treaties, foreign investment and brazilian law: the magic of reality. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi; et al. (ed.). **Investment Protection in Brazil**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. Cap. 5. p. 71-106.

BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BOM, Mariana M. da S. **Cláusula da nação mais favorecida em tratados bilaterais de investimento e sua aplicabilidade a disposições de solução de controvérsias**: critérios interpretativos aplicados pelo ICSID. 2013. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.390, de 29 de agosto de 1964. Altera a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 de agosto de 1964

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Estabelece o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 de setembro de 1962.

BRAUNCH, Martin Dietrich. The Brazil-Mozambique and Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs): a descriptive overview. **Investment Treaty News**, issue 2, v. 6, p. 1-32, may 2015. Disponível em: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-en.pdf>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

BRILLO, Romulo. Living Without Investment Treaties: the brazilian approach to investment policy making and dispute settlement. In: BOULLE, Laurence; LARYEA, Emmanuel T.; SUCKER, Franziska. **International Economic Law and African Development**. Cape Town: Siber Ink, 2014. Cap. 8. p. 172-183.

BROWN, Chester. **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BUBB, Ryan J.; ROSE-ACKERMAN, Susan. BITs and bargains: strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment. **International Review of Law and Economics**, New Haven, v. 27, n. 3, p. 291-311, Sept. 2007. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818807000580>. Acesso em: 22 de jun. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984.

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CONFERENCIA Internacional de Paz de Haia. Adotada em 29 de Julho de 1899 em HAIA. [S.I.], 1899. Disponível em: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/145?OpenDocument>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

CONGYAN, Cai. China-US Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: a grand bilateral bargain with multilateral implications. **Journal of International Economic Law**, v.12, n. 2, p. 457-506, 2009. Disponível em: <http://jiel.oxfordjournals.org/content/12/2/457.short>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

CONVENÇÃO para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados: adotada em 18 de Março de 1965 em Washington. [S.I.], 1965. Disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/50/decreto15.asp#ptg>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos. Práticas do Brasil e da China. **Nação e Defesa**, n. 125, 4. série, p. 157-191, Primavera 2010.

DECLARATION of the government of the democratic and popular republic of Algeria. Algeria, 19 january 1981. Disponível em: <[http://www.parstimes.com/history/algiers\\_accords.pdf](http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf)>. Acesso em: 6 dezembro de 2015.

DESBORDES, Rodolphe; VICARD, Vincent. Foreign direct investment and bilateral investment treaties: an international political perspective. **Journal of Comparative Economics**, v. 37, n. 3, p. 372-386, Sept. 2009. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0147596709000456>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

DOUGLAS, Zachary. **The International Law of Investment Claims**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ECHANDI, Roberto. What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime? In: ALVAREZ, José E. et al. **The Evolving International Investment Regime**: expectations, realities, options. New York: Oxford University Press, 2011. p. 3-21.

GRAY, Christine; KINGSBURY, Benedict. Developments in dispute settlement: inter-state arbitration since 1945. In: **The British Yearbook of International Law 1992**. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 97-134. Disponível em: <<http://www.ijl.org/aboutus/documents/DevelopmentsinDisputeSettlement.pdf>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p. 639-688, Jan. 1997.

HADLEY, Kate. Do China's BITs Matter? Assessing the effect of China's investment agreements on foreign direct investment flows, investors' rights, and the rule of law. **Georgetown Journal of International**, v. 45, p. 255-283, 2013.

HAIA. Corte Internacional de Justiça. Caso Ahmadou Sadio Diallo. República da Guiné c. República Democrática do Congo. 30 de novembro de 2010. Disponível: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Corte Internacional de Justiça. Caso da Empresa Barcelona Traction, Light and Power Company Limited. Bélgica c. Espanha. 5 de fevereiro de 1970. Disponível: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Corte Permanente de Justiça Internacional. Caso relativo à Usina de Chorzów. Demanda indenizatória. Alemanha c. Polônia. 26 de julho de 1927. Disponível em: [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_09/28\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Competence\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf). Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

HAMILTON, Jonathan C.; GRANDO, Michelle. **Brazil and the Future of Investment Protections**. Latin Arbitration Law. Disponível em: <<http://www.latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

HARTEN, Gus Van. Five Justifications for Investment Treaties: a critical discussion. **Trade, Law and Development**, Toronto, v. 2, n. 1, p. 19-58, 2010. Disponível em: <<https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0976-2329>>. Acesso em: 20 de mar. 2015.

HARVARD Law Review. Mediation of Investor-State conflicts. **Harvard Law Review**, v. 127, p. 2543-2564, 2014. Disponível em: [http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/06/vol127\\_mediation\\_of\\_investor\\_state\\_conflicts.pdf](http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/06/vol127_mediation_of_investor_state_conflicts.pdf). Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

HATHAWAY, Oona A. Do Human Rights Treaties Make a Difference? **The Yale Law Journal**, v. 111, p. 1935-2042, Apr. 2002. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1852&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1852&context=fss_papers)>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

HUAQUN, Zeng. Balance, Sustainable Development, and Integration: innovative path for BIT practice. **Journal of International Economic Law**, v. 17, n. 2, p. 299-332, 2014. Disponível em: <http://jiel.oxfordjournals.org/content/17/2/299.abstract>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). **ICSID Convention, Regulations and Rules**. ICSID: Washington D.C., 2006. Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf). Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMERCE (ICC). Committee of Foreign Establishments. **International Code of Fair Treatment for Foreign Investment**. Quebec, 1949. Disponível em: <<https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/73-volume-3.pdf>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES OF THE WORLD BANK GROUP. **Alternative Dispute Resolution Guide**. Washington D.C., june 2011. Disponível em: [http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Resources/15322\\_ADRG\\_Web.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Resources/15322_ADRG_Web.pdf). Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

KALICKI, Jean E.; CHOI, Jean C. **Mediation of Investor-State Disputes**: revisiting the prospects. Kluwer Arbitration Blog, june 2013. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2013/06/14/mediation-of-investor-state-disputes-revisiting-the-prospects/>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID. BITS, and investor-state arbitration. **Revista de arbitragem e Mediação**, v. 14, p. 57-86, Jul.-Set. 2007.



KJOS, Hage Elisabeth. **Applicable Law in Investor-State Arbitration**: The interplay between national and international law. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LEE, Sung-Ah. South-south investment in south, east and South-east Asia. **Asia-Pacific Trade and Investment Review**, 3, 1, p. 29-65, jun. 2007. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.512.8768&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

LERNER, Diego F. **Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto**: o papel desempenhado pelos países emergentes. 2009. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009.

LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi; et al. (ed.). **Investment Protection in Brazil**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013.

LUIS, Daniel Tavela. **Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado pela Faculdade de Direito) – Universidade de São Paulo, 2013.

MAGALHAES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009.

MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law**: empire, environment and the safeguarding of capital. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MINISTERIO DO DESENVOLVIMENTO, INDUSTRIA E COMERCIO EXTERIOR. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4528&refr=1893>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

MOLOO, Rahim; JACINTO, Justin. Environmental and Health Regulation: assessing liability under investment treaties. **Berkeley Journal of International Law**, Berkeley, v. 29, n. 1, p. 1-65, 2011. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1397&context=bjil>>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. **Revista de Direito Internacional**. Brazilian Journal of International Law. v. 12, n. 2, p. 16-151, 2014.

MONTT, Santiago. **State Liability in Investment Treaty Arbitration**: global constitutional and administrative law in the BIT generation. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2012.

MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. The brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments (ACFI): a new formula for international investment agreements? **Investment Treaty News**, Geneva, 4 de Agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on->

[cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/?utm\\_source=lists.iisd.ca&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Investment+Treaty+News.+Issue+3.+Volume+6.+August+2015](#)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Regulação do Investimento Estrangeiro Direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. **Revista de Direito Internacional**. No prelo 2015.

NEUMAYER, Eric; SPESS, Laura. Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? **World Development**, v. 33, n. 10, p. 1567-1585, 2005. Disponível em: <<http://isiarticles.com/bundles/Article/pre/pdf/9935.pdf>>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

NICOLAS, Françoise; THOMSEN, Stephen; BANG, Mi-Hyun. Lessons from investment policy reform in Korea. **OECD Working Papers on International Investment**, 2013/02, OECD Publishing. disponível em: <[http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2013\\_2.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2013_2.pdf)>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

ODUMOSU-AYANU, Ibironke T. South-South Investment Treaties, Transnational Capital and African Peoples. **African Journal of International and Comparative Law**, Edinburgh, v. 21, n. 2, p. 172-201, June 2013. Disponível em: <http://www.eupublishing.com/doi/abs/10.3366/ajicl.2013.0058>. Acesso em: 22 de jun. 2015.

OFFICE OF THE FOREIGN INVESTMENT OMBUDSMAN. **Overview & Mission**. Seoul, 2015. Disponível em: <<http://www.i-ombudsman.or.kr/eng/au/index.jsp?num=3>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

OFODILE, Uche E. Africa-China Bilateral Investment Treaties: a critique. **Michigan Journal of International Law**, Michigan, v. 35, n. 1, p. 131-211, Fall 2013. Disponível em: < <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol35/iss1/5/>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

ORGANIZAÇÃO DO COMERCIO E DESENVOLVIMENTO ECONOMICO (OCDE). Conselho da Organização do Comércio e Desenvolvimento Econômico. **Projeto de Convenção sobre a Proteção da Propriedade Estrangeira**. Paris, 1967. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

PARKER, Stephanie L. A BIT at a time: the proper extension of the MFN clause to dispute settlement provisions in bilateral investment treaties. **The Arbitration Brief**, v. 2, p. 30 – 63, 2012.

PARRA, Jorge Barrientos. Fundamentos da arbitragem no Direito brasileiro e estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 27, n. 107, p. 215-244, jul./set.

1990. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175802/000451078.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

REDE NACIONAL DE INFORMACOES SOBRE O INVESTIMENTO (RENAI). **PAC**. Brasília, 2015. Disponível em:

<<http://investimentos.mdic.gov.br/conteudo/index/item/69>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. Methods of Dispute Resolution. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 18, p. 691-720.

ROBBINS, Joshua. The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties. **University of Miami International and Comparative Law Review**, Miami, v. 13, n. 2, p. 403-473, 2006. Disponível em: <

<http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1072&context=umiclr>>.

Acesso em: 24 de jun. 2015.

ROBERTS, Anthea. State-to-State Investment Treaty Arbitration: a hybrid theory of interdependent rights and shared interpretive authority. **Harvard International Law Journal**, v. 55, n. 1, p. 1-70, winter 2014. Disponível em: <

[http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2014/03/HILJ\\_55-1\\_Roberts.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2014/03/HILJ_55-1_Roberts.pdf)>.

Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

SALACUSE, Jeswald W. Is There a Better Way? Alternative methods of Treaty-Based, Investor-State dispute resolution. **Fordham International Law Journal**, v. 31, issue 1, article 6, p. 138-185, 2007. Disponível em:

<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2085&context=ilj>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. The Emerging Global Regime for Investment. **Harvard International Law Journal**, v. 55, n. 2, p. 427-473, summer 2010. Disponível em:

[http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ\\_51-2\\_Salacuse.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ_51-2_Salacuse.pdf).

Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. **Harvard International Law Journal**, v. 46, n. 1, p.67-130, Winter 2005.

SCHILL, Stephan W. Cross-Regime Harmonization through Proportionality Analysis: the case of international investment law, the law of state immunity and human rights. **ICSID Review**, v. 27, n. 1, p.87-119, Spring 2012.

SCHILL, Stephan W. **The Multilateralization of International Investment Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Cap. VI. p. 241-277.

SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August; SINCLAIR, Anthony. **The ICSID Convention**: a commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHWARTSMANN, Guilherme B. **Os principais padrões de proteção ao investimento estrangeiro aplicados em arbitragens do sistema ICSID e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. 2013. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.

SCHWEBEL, Judge Stephen M. **In Defence of Bilateral Investment Treaties**. Keynote Address of the ICCA Congress MIAMI, 2014. p. 1-11. Disponível em: <[http://www.arbitration-icca.org/media/2/14169776244680/schwebel\\_in\\_defence\\_of\\_bits.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/2/14169776244680/schwebel_in_defence_of_bits.pdf)>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. The Overwhelming Merits of Bilateral Investment Treaties. **Suffolk Transnational Law Review**, Boston, v. 32, n. 2, p. 263-269, 2009. Disponível em: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=32+Suffolk+Transnat'l+L.+Rev.+263&srctype=smi&srcid=3B15&key=dc867538ae3389e6f7ee61c552796178>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

SHEFFER, Megan W. Bilateral Investment Treaties: a friend or foe to human rights? **Denver Journal of International Law & Policy**, Denver, v. 39, n. 3, p. 483-521, june 2011. Disponível em: <http://connection.ebscohost.com/c/articles/87660309/bilateral-investment-treaties-friend-foe-human-rights>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

SIMMA, Bruno. Foreign Investment Arbitration: a place for human rights? **International and Comparative Law Quarterly**, v. 60, n. 3, p. 573-596, July 2011. Disponível em: <[http://journals.cambridge.org/abstract\\_S0020589311000224](http://journals.cambridge.org/abstract_S0020589311000224)>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

SIMMONS, Beth A. International Law and State Behavior: commitment and compliance in international monetary affairs. **The American Political Science Review**, Washington, v. 94, n. 4, p. 819-835, Dec. 2000. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2586210>. Acesso em: 20 de mar. 2015.

SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law. **Trade Law and Development**, Johdpur, v. III, n. 1, p. 203-232, 2011. Disponível em: <<http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/viewFile/3%281%29%20TRADE%20L.%20%26%20DEV.%20203%20%282011%29/86>>. Acesso em 21 de dez. 2015.

STANFORD. **International Investment Law**. Stanford, 2015. Disponível em: <<https://law.stanford.edu/courses/international-investment-law/>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

STATUE of the International Court of Justice. Hague, 26 june 1945. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

TREATY between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment. Buenos Aires, 14 de novembro de 1991. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

TREATY for the promotion and protection of investments (with protocol and exchange of notes). Pakistan and Federal Republic of Germany, Bonn, 25 nov. 1959. Disponível em: [http://www.iisd.org/pdf/2006/investment\\_pakistan\\_germany.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf). Acesso em: 14 de junho 2015.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). Vienna, 2011. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Corse on dispute settlement**. Geneva, 2003. Disponível em: [http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

---

**IIA Issues Note**. Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, n. 1, 2012. Disponível em: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

---

**IIA Issues Note**. Reform of Investor-State Dispute Settlement: in search of a roadmap, n. 2, 2013. Disponível em: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf)>. Acesso em: 7 de dezembro de 2015.

---

**IIA Monitor**. Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, n. 4, 2005. Disponível em: [http://unctad.org/en/Docs/webiteiit20052\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/webiteiit20052_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

---

**Investor-State disputes: prevention and alternatives to arbitration**. New York and Geneva, 2010. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

---

**World Investment Report**. FDI from Developing and Transition Economies: Implications of Development. New York and Geneva, 2006. Disponível em: [http://unctad.org/en/Docs/wir2006\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/wir2006_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

---

**World Investment Report**. FDI Policies for Development: National and International

Perspectives. New York and Geneva, 2003. Disponível em: < [http://unctad.org/en/docs/wir2003light\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2003light_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015.

---

**World Investment Report.** Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge. New York and Geneva, 2008. Disponível em: < [http://unctad.org/en/docs/wir2008\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf)>. Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 17.

---

**World Investment Report.** Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. New York and Geneva, 2007. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/wir2007\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf). Acesso em: 3 de dezembro de 2015. p. 17.

UNITED NATIONS. **Resolution Adopted by the General Assembly About the Charter of Economic Rights and Duties of States.** General Assembly, A/RES/29/3281, 12 December 1974. Disponível em: < <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>>. Acesso em: 2 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Resolution Adopted by the General Assembly About the Declaration on the Establishment of a New International Economic Order.** General Assembly, A/RES/S-6/3201, 1 May 1974. Disponível em: < <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>>. Acesso em: 2 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Resolution Adopted by the General Assembly About the Permanent Sovereignty over Natural Resources.** General Assembly, A/RES/1803(XVII), 14 December 1962. Disponível em: < [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/1803%28XVII%29](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803%28XVII%29)>. Acesso em: 2 de dezembro de 2015.

VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. **U. C. Davis Journal of International Law & Policy**, v. 12, n.1, p. 157-194, 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1478757](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1478757)>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Model Bilateral Investment Treaties: the way forward. **Southwestern Journal of International Law**, v.18, p. 307-315, 2011. Disponível em: <[http://www.swlaw.edu/pdfs/lawjournal/18\\_1vandevelde.pdf](http://www.swlaw.edu/pdfs/lawjournal/18_1vandevelde.pdf)>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

\_\_\_\_\_. The Economics of Bilateral Investment Treaties. **Harvard International Law Journal**, v. 41, n. 2, p. 469-502, Spring 2000. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hilj41&div=16&id=&page=>>. Acesso em: 24 de jun. 2015.

VESEL, Scott. Clearing a path through a tangled jurisprudence: most-favoured-nation clauses and dispute settlement provision in bilateral investment treaties. **Yale Journal of International Law**, v. 32, p. 125-189, p. 2007.

VIANNA, Bárbara Póvoas. **Mecanismos de solução de controvérsias relativas a investimentos e seus impactos sobre o Brasil.** 2001. 91 f. Trabalho de Conclusão



de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33816-44245-1-PB.pdf>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2015.

WALD, Arnaldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 5, p. 803-822, Set. 2014.

YACKEE, Jason W. Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: do BITs promote foreign direct investment? **Law & Society Review**, Salt Lake City, v. 42, n. 4, p. 805-832, Dec. 2008. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-5893.2008.00359.x/abstract>. Acesso em: 22 de jun. 2015.

ZERBINI, Eugenia C. G. De J. **O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral**: balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da ALCA. 2003. 250 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, 2003.

